إِنَّ اللّٰهَ عَلٰى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ

قد طبع الكتاب الكاشف للاسرار الجلد الرابع من الهداية الذي يترى بزيوها على الانوار الرفيعة الرواية
لحل مشكلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المتبع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

كشف الاسرار

شرح هداية الابرار

تصنيف الشيخ العلامة الفهامة الشهير

عمله

عبد العزيز البخاري

مع الهداية

حاشية الحبر الهمام الهمام سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاحمدي
الشهير بمنلا قاضي زاده تغمده الله بالرحمة والسلام تصحيح وتحقيق العبد الفقير مولوي محمد اعظم حسين الحيدرآبادي غفر الله ذنوبه

في المطبع المتانة مطابع نولكشور لنولكشور في لكهنو
في المطبع بين بع الذ المغرى مشى نولكشور في مصر

فهرس المجلد الرابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صفحہ	مطلب
۲	کتاب الشفعۃ۔
۱۰	باب طلب الشفعۃ والخصومۃ فیہا۔
۱۳	فصل فی الاختلاف۔
۱۴	فصل فیما یؤخذ بہ المشفوع۔
۱۶	فصل
۱۹	باب ما تجب فیہ الشفعۃ وما لا تجب۔
۱۲	باب ما تبطل بہ الشفعۃ۔
۲۶	فصل
″	مسائل متفرقۃ۔
۲۷	کتاب القسمۃ۔
۳۲	فصل فیما یقسم وما لا یقسم۔
۳۳	فصل فی کیفیۃ القسمۃ۔
۳۶	باب دعوی الغلط فی القسمۃ والاستحقاق فیہا
۳۸	فصل
۴۰	فصل فی المہایاۃ۔
۴۴	کتاب المزارعۃ۔
۵۰	کتاب المساقاۃ۔
۵۳	کتاب الذبائح۔
۵۹	فصل فیما یحل اکلہ وما لا یحل۔
۶۱	کتاب الاضحیۃ۔
۷۰	کتاب الکراہیۃ۔
″	فصل فی الاکل والشرب۔
۸۱	فصل فی اللبس۔
۸۵	فصل فی الوطی والنظر والمس۔
۹۵	فصل فی الاستبراء وغیرہ۔
۱۰۵	فصل فی البیع۔
۱۱۱	مسائل متفرقۃ۔
۱۱۴	کتاب احیاء الموات۔
۱۱۹	فصول فی مسائل الشرب۔
″	فصل فی المیاہ۔
۱۲۰	فصل فی کری الانہار
۱۲۰	فصل فی الدعوی والاختلاف والتصرف فیہ
۱۲۲	کتاب الاشربۃ۔
۱۳۵	فصل فی طبخ العصیر۔
۱۳۶	کتاب الصید۔
۱۳۷	فصل فی الجوارح۔
۱۴۴	فصل فی الرمی۔
۱۴۶	کتاب الرہن۔
۱۵۳	باب ما یجوز ارتہانہ والارتہان بہ وما لا یجوز
۱۵۶	فصل
۱۵۹	باب الرہن الذی یوضع علی ید العدل۔
۱۶۱	باب التصرف فی الرہن والجنایۃ علیہ وجنایتہ علی غیرہ۔
۱۶۶	فصل
۱۶۸	کتاب الجنایات۔
۱۷۵	باب ما یوجب القصاص وما لا یوجبہ۔
۱۸۵	فصل
۱۸۶	باب القصاص فیما دون النفس۔
۱۸۸	فصل
۱۹۳	فصل
۱۹۸	باب الشہادۃ۔
۲۰۱	باب فی اعتبار حالۃ القتل۔
۲۰۲	کتاب الدیات۔
۲۰۶	فصل فی ما دون النفس۔
۲۰۷	فصل فی الشجاج۔
۲۰۹	فصل
۲۱۴	فصل فی الجنین۔
۲۱۷	باب ما یحدثہ الرجل فی الطریق۔
۲۲۴	فصل فی الحائط المائل۔
″	باب جنایۃ البہیمۃ والجنایۃ علیہا۔
۲۲۹	باب جنایۃ المملوک وجنایۃ علیہ۔
۲۳۴	فصل
۲۳۶	فصل فی جنایۃ المدبر وام الولد۔
۲۳۹	باب غصب العبد والمدبر والصبی والجنایۃ فی ذلک
۲۴۱	باب القسامۃ۔
۲۵۱	کتاب المعاقل۔
۲۵۹	کتاب الوصایا۔
	باب فی صفۃ الوصیۃ ما یجوز من ذلک وما یستحب منہ وما یکون رجوعا عنہ۔
۲۷۷	باب الوصیۃ بثلث المال۔
۲۸۵	فصل فی اعتبار حالۃ الوصیۃ۔
۲۸۶	باب العتق فی مرض الموت۔
۲۸۹	فصل
۲۹۱	باب الوصیۃ للاقارب وغیرہم۔
۲۹۵	باب الوصیۃ بالسکنی والخدمۃ والثمرۃ۔
۲۹۷	باب وصیۃ الذمی۔
۲۹۹	باب الوصی وما یملکہ۔
۳۰۴	فصل فی الشہادۃ۔
۳۰۶	کتاب الخنثی۔
″	فصل فی بیانہ۔
۳۰۷	فصل فی احکامہ۔
۳۰۹	مسائل شتی۔
۳۱۲	خاتمۃ الطبع۔

تمت

RESEARCH INSTITUTE RAJASTHAN TONK
Ref. Library

فہرست کتب دینیہ سنت وجماعت موجودہ مبیع

نحمدہ ونصلی بر جواہر زیاقاطر ارباب الباب مخفی مباد کہ فہرست کتب موجودہ کارخانہ اوده اخبار اگرچہ بذریعہ فہرستہای جداگانہ پیوستہ اشتہای پذیرد مگر مناسب وقت چنین می نماید کہ اسامی بعضی کتب دینیہ سنت وجماعت از فقہ واصول وتفسیر وکلام وحدیث کہ مناسبت تام باین کتاب داشتہ باشد بنابر اطلاع علماء وفضلاء وشائقین وماہرین این علوم کہ اطلاع موجود بودن آن در بلدہ رفیعہ باشد نقل نموده میشود وآن اینست

کتب فقہ عربی و اصول فقہ

فتاوای عالمگیری تمام وکامل
شرح الیاس شرح مختصر الوقایہ
ہدایہ شریف کامل مع ترجمہ فارسی
ہدیۃ الجبار شرح رسالہ عضدیہ
احیاء العلوم عربی ہر چہار جلد
مختصر الوقایہ
جامع الرموز
شرح وقایہ محشی بحواشی مختلفہ
شرح وقایہ مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریف شرح سراجیہ
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعہ تنقیح وتوضیح
وتلویح وچلپی
شیخ الاسلام حاشیہ تلویح
لاخسرو حاشیہ تلویح
کفایہ حاشیہ ہدایہ مع ہدایہ محشی بحواشی مختلفہ
عینی شرح ہدایہ تمام وکامل

کتب فقہ فارسی و اردو

ترجمہ اردو درمختار ہر چہار جلد
حقیقۃ الصلوۃ
سبیل الجنان
فتاوای برہنہ تمام وکامل
مالابد منہ فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمہ احیاء العلوم کامل
شرح وقایہ فارسی
نور الہدایہ ترجمہ اردو شرح وقایہ
ترجمہ اردو وکنز الدقائق
حج الحج مسمی بغایۃ الشعور
فتاوی المیراث
رسالہ فرائض
مسلک المتقین
عمدۃ البضاعت فی مسائل الرضاعت
تذکرۃ الحمیہ
احکام العیدین
موضح الحق
ہزار مسئلہ
شرع محمدی
رسالہ کلید باب الحج
سراج السالکین
فضائل الشہور والایام
حیرت الفقہ
ضمان الفردوس

کتب تفسیر ومثل آن

تفسیر کشاف
خلاصۃ الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیل القدر سراج المنیر
جلالین حاشیہ جلالین
جواہر القرآن مترجم
مجموعہ زینت القاری
تفسیر سورہ یوسف منظوم
تفسیر زاد الآخرت
تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سورہ فاتحہ
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر اتقلندر فی تحریر الانوار
میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

قسطلانی شریف شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرؤیا
تحفۃ الاخیار ترجمہ مشارق الانوار
سنن ابی داؤد
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمہ مجربات دیربی
ترجمہ تعبیر الرؤیا مسمی بتاویل المنام
مصباح الہدایت ترجمہ عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر ہدایت ترجمہ کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت

إن الله على كل شيء قدير

قد طبع الكتاب الكاشف لاسرار الجلد الرابع من الهداية الذي تزري بزهوها على الانوار الرسعية الكاشف
لمشكلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية

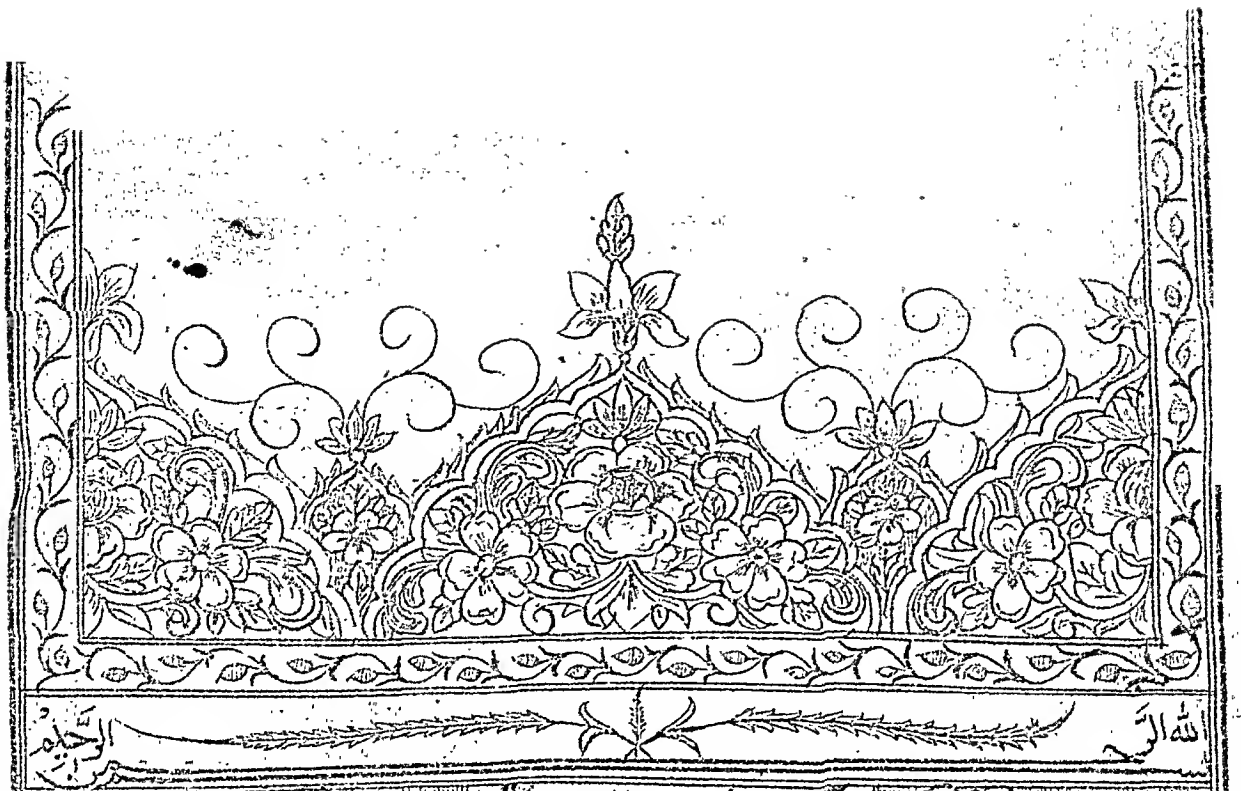
التصحيح لما حواه الافكار

تكملة فتح القدير

مع الهداية

للعلامة الحبر الهمام العلامة سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الاحمدي
الغزي القاضي زاده سكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد اعظم حسين الجيراجابادي حفظه الله وقرب الاياد

في المطبع الممتاز مطابع رواني نولكشور الواقع في لكهنو
في المطبع بين بع الدار المغربي مشى رقع في مصر



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ تسوية حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

كتاب الشفعة وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها عليها لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح اقول لا يذهب عليك ان الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد سافت ذكر كتاب الشفعة الى ههنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ بل لا وجه لقوله والحق تقديمها عليه عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد ان تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن ان يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في اوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا فانما تتأتى عموم الغصب العقار والمنقول على اصل محمد والشافعي كما مر ايضا ثمه ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وامامنا الثاني اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة ايضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن ايضا عنده على ما صرحوا به وسيأتي في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء في تفسير قوله تعالى لاعذبه عذابا شديدا اني لا اعذبه صحبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الطائعين وفي الشريعة هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا انه وقع في بعضها يملك العقار بدل تملك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة او جوار وترك ذكره في الاكثر بناء على ظهوره اقول في الكل اشكال وهو انه ان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة

اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة بشريك لم يقاسم

هي التملك المذكور في عامة الكتب يؤيده ان الاصح المقرر عندهم وسيجيء في الكتاب من ان الى الشفعة يجب ان يثبت بعقد البيع ويستقر بالاشهاد ويملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان ذلك صحيح في ان تحقق التملك في الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي او قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم ان لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع ويستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقيق وحين عقد البيع والاشهاد ولم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لاستحالة فلم يوجد التملك ايضا فعلى تقدير ان يكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وايضا قد صرحوا بان حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء او الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لان يكون حكما للشفعة اما الاول فلانه لا شك ان المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى محل حق طلب الشفعة ضرورة لبطلان طلب الحاصل و حكم الشيء يقارن ذلك الشيء او يتعقبه ولا يتقدم عليه فلم لا يصلح جواز طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير ان تكون الشفعة نفس التملك واما الثاني فلان ثبوت الملك هو نوع التملك في المعنى وحكم الشيء ما يغائره ويترتب عليه فلم لا يصلح ثبوت الملك ايضا بان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى فانه اذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذي ذكره بخلافه فيه ظهر ذلك بالتامل الصادق واعلم ان عامة العلماء ايضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشائخ اتصال تملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب ضرر الدخيل عن الاصل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة يجب بالبيع ثم يجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز ان يقال بان الشرط شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لا يصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكد بالطلب وثبوت الملك في البقعة المشفوعة بالقضاء او الرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية مغربا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها اقول يجوز ان يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب انها تجب بالبيع ثم يتاكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم لكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء اكثر من ان تحصى والعجب ان عامة ثقات المشائخ حملوا كلام ذلك العالم الذي له يد طولى في الفقه الذي هو بين البطلان ولم يحملوا احد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف التمام قوله اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم اقول لقائل ان يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا انه ينفي بعضه الاخر وهو ثبوته لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه باللام الجنس بعد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر في علم الادب

ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة لان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه

مثل بنحو قوله عليه السلام الائمة من قريش وسيما وقد دخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى وكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فانتهى اقتضاء حق الشفعة من غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتامل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المذبور اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق الشريك الآخر الا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله اما اذا باع بعدها الخ ثم وجه حيث قال هذا قول يفهم الصفة ونحن لا نقول به الا ان يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية انتهى اقول كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط اما الاول فلان قول صاحب العناية واما اذا باع بعدها الخ ليس مدخل في تفسير معنى الحديث المذبور حتى يتجه عليه ان يقال هذا قوله بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام تفسد ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع واما الثاني فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدارا للتخصيص بمعنى القصر لزم ان يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق ايضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم ان يكون حجة علينا لا لنا قوله ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا اي جار الدار احق بالدار وجار الارض احق بالارض قوله ينتظر له وان كان غائبا اي الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه انتهى قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به احق بها عرضا عليه للبيع الا يرى انه فسر بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله احق بالاطلاق فيكون احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق ولان ما روى عن عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن ارض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار احق بشفعته فبهذا يبطل ذلك التاويل انتهى وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية انه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تامله انتهى اقول المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك التامل ايضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان يكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى هذا لا يتوهم ان يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى واما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها ايضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا انه يكون على شفعته وان غاب ولا شك انه كان على شفعته حال غيبته فلان يكون على شفعته حال حضوره اولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مسئلة وكان المعنى ينتظر له الا ان يجيء ويفرغ عن شفعته تحققت الاولوية ايضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى ان يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلان يجب الانتظار الى فراغه من شفعته عند حضوره اولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تامل تفهم قوله وقال الشافعي لا شفعة للجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه السلام الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اقول في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض اوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء رفع ذلك حيث قال

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هي مادة الفساد على ما عرف وقطع هذه المادة بتلك الاصيل اولى

فان قيل كيف يكون حق الشركة في حق المبيع مقسوما لانا نمنع ارادة حق كل منهما من الملك انتهى اقول فيه بحث محل تقريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما ان لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود صرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا اي من جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المتن ان يقال دانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطريق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يرتفع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر انتهى ولكن يمكن ان يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم

مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا اي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد ان قال اي الجار يعني شفعة الدار وسكت غيره هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر عامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجار ايضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني واجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم اقول الحق الواضح عندي ان المراد بهذا والفرع كما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل احد بان الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بملك البائع ولا صحت لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا يشتبه به فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب واما صاحب العناية فقد اصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه اي الجار الا انه لما ذاق تشاغله هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام ايضا اذ لم يقل احد ايضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا ان يقدر مضاف اخر في قوله معناه ايضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعته اي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى انه تحمل بعد تحمل بلا ضرورة داعية الى شيء منهما فالحق ما قلناه قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل

اتصال تابيد وقرار قال تاج الشريعة ذكر التابيد احترازا عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازا عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذا النقض واجب دفعا للفساد واقتفى اثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه انتهى اقول ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا للدار المسكونة بالعارية ايضا فجعل بقوله اتصال تابيد الاحتراز عن مثل ذلك قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهبة والمجعولة ههنا وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والموهبة والمجعولة ههنا انتهى وتبعه الشارح العيني اقول فيه بحث لان المستاجر وان كان له ملك في الدار المستاجرة من حيث الشفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فيتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما حررنا اولا الا ان كل منهما قد خرجا بقوله

لان الضرر في حقه بانتزاعه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

اتصال تابيد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة اخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال واما المرتهن فلا ملك له في الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التابيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا اصلا والحق ان هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان في كل منها يتحقق الملك والتابيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها قوله لان الضرر في حقه بانتزاعه عن خطة آبائه اقوى قال بعض الفضلاء الدليل اخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم ان يكون في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشرى او الهبة انتهى اقول المعنى المقصود من هذا الدليل ان الضرر في حقه بانتزاعه من خطته الاصلية المتقررة اقوى فيعم ما كان ملكه بالشرى او الهبة الا انه غير عن اصالة خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة في بيان اصالتها وتقررها وبناء على ما هو الاكثر وقوعا في العادة فاخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة الضرر تلزمه في الاصل دون الفرع يعني ان التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض انتهى اقول هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في احد الجانبين ولم يتيسر الخاص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم اصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم ان لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك يخل بمطلوبنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببيان الرجحان فيما رويناه او ببيان الخاص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا ان يقال يكفينا ولينا العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد اجاب بعضهم بان قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه او بان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه السلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة انتهى اقول في كل من هذين الجوابين نظر اما في الاول وهو الذي ذكره في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله على ان اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي حصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه السلام الائمة من قريش وقد صرحوا به في اثناء تقرير وجه استدلاله بذلك لا ريب ان ارادة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو ان اللام كما انه دخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان ان كان فيه علما واذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث اقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم اقوى ولهذا قدمناه على غيره انتهى واما في الثاني فلان حصول الالزام للشافعي بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور في الجواب المذبور ممنوع فان الشافعي وان قال بمفهوم المخالفة الا ان له شرائط عنده منها ان لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم على ما عرف في الاصول فله ان يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة لكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على انه اذا كان الطريق واحدا يجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغي ان يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا ايضا ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما لنا

واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض

لنا في كون الشافعي ايضا لمزايا به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعن هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن اخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما اشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من انه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز ان يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة في الجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه اي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه او معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع ان يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم واورد علينا من قبل الشافعي انه عليه السلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم فانه اتى الاثبات المذكور ونفى ما عداه واجيب عنه بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية انما تقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر انتهى وقال في النهاية وكلمة انما قد يجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العلم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي تعلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره وكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال ولا نفي غيره انتهى وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم انتهى اقول فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب انه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم مدلول انا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك ان المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى قوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم لا يدل على ان لا يقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان غير المقصور عليه في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم انما هو غير البشرية لا غيره عليه السلام والحاصل ان كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم يبتني على ان يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا قوله واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس البيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس البيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء واقتفى اثره الشارح العيني اقول ان كان مرادهما ما اخذه المصنف بتفسيره المذكور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب بين فانه لما وقع في الحديث الشريك احق من الخليط علم ان المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء احق من نفسه فلا بد ان يحمل احدهما على نوع مما اطلق عليه في اللغة والاخر على نوع اخر منه ثم لما كانت مزية الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه في اللغة والاخر على نوع اخر منه ثم لما كانت مزية الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه قوله قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة اقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد بعد ان قال قبيلة الشفعة واجبة مع الخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء افاد ترتيب ايضا كما صرح به

والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار وجعل معنى قوله مقدم على الجار في هذه المنزل وكذا على الجار في بيته الذي في الدار وفي الصحاح للزوزني عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشرب الواحد فالطريق الخاص الذي لا يكون نافذا والشرب الذي لا يجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف رح ان الخاص ان يكون نهرا يشق منه قرى حارا او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يشترط سكة غير نافذة وهي مستطرقة فبيعت دار في اسفلها فلا شفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي وكان هو صغيرا يأخذ منه نحو اصبع منه فوق رأس الطريق فجاء بناء قرار لا يكون الرجل بالخيار في الجار الذي شفيع جوار لان العلة في الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا قال ولا يقدم الشفعاء في الشفعة بقربهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر تعددهم كالملاك وقال الشافعي رح هي على مقادير الملاك لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها تكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انه استوى في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق كالشفعة وهذا لان الشفعة كمال السبب وكثرة الاتصال لا تزيد كثرة الشفعة والترجيح بقوة الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاجزاء حقا لله تعالى وملك مملوك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وشبهها وقد اقطع رسول الله في الثلاثين الذراع عددهم ان الشفعة تتوزع بينهم قال السبب حتى كل شيء تقرر بتبعيته فلا كان الوصف تحت نظر يلزم غيره على عدم لان الشقص لا يتبعض لا يكون الشقص لا يتبعض ولا حصرت فيثلث فان بين كل واحد شفعة للشقص وان سلم اشاره معه واتصل له بالجنبية لا بالحد القائم مع الغير لان قضاء الشفعة لكل الجار تطرح حق الشفيع عن النصف بزيادة ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع معناه دون الكسب بسببها او تصال على ما بيناه

صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة وليس للمتاخر في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بما يجب اقول التعليل بهذا المسلك لقبوله لما تبين من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي ان يستحق المتاخر عند وجود المتقدم تسليمه لجواز ان يكون المتاخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به ابو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتاخر شيئا عند وجود المتقدم سلما واستوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة بكنا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق او الشرب فان لم يوجد هذا ايضا اخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب ان يترك التعليل المذكور هنا ويكتفي بما سيأتي من قوله ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الى آخره

قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار قال في العناية آخذا من النهاية مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار انتهى اقول في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت واقله بيتان او ثلثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه قوله والبقعة واحدة يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع احق ببعضها كمنزل معين منها او جدار معين منها صار احق بجميعها قال صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انتهى اقول فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار او جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المذكور ايضا قوله فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انما يطلق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وكان بين اول كلامه وآخره تنافر لا يخفى قوله قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده اقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر ان يكون الباء في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الادب والمعنى المقصود هنا يحصل به بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتامل فلا مقتضى للعدول عنه قوله لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهما استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح او في قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار لا يتحقق ذلك انتهى اقول في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان ارادوا بذلك ان الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم ان يتحقق الضرر للشفيع قبل ان يبيع البائع ملكه بتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم ان يجب الشفعة قبله ايضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان ارادوا به ان الضرر انما يتحقق بعد خلة اتصال البائع بملك الشفيع فهذا الايضاح مدخلية البيع ايضا فلا يلزم ان يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتامل ثم قال صاحب العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كما داء الزكوة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك لشرط الوجوب

والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه **قال** وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد

والكلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد انتهى كلامه اقول لقائل ان يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواب او الوجوب مجازا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم ان يكون عدم تحقق شرط الوجوب ايضا مانعا عن ذلك فلزم ان لا يكون الواجب متأديا باداء الزكوة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع ان المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم اقول يمكن ان يجاب بان المراد بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكوة يتحقق بملك النصاب الثاني وحولان الحول انما هو شرط وجوب ادائها كما صرحوا به في كتاب الزكوة وكذا حلول الاجل في الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب ادائها لا شرط نفس وجوبها فاللازم ان لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه ان لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا باداء الزكوة قبل حلول الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما هو تأدي الواجب بنفس الوجوب لا غير **قوله** والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها اي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله فالوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه اي في هذا التأويل وتبعه العيني اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لا مدخل للتأويل الذي ذكره المصنف لقوله معناه بعده لا انه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير ان يكون معنى كلام القدوري ان البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تأويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى ان يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق ان قوله والوجه فيه الى آخره متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف انه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا ايضا فعل كذلك **قوله** ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه اقول فيه تأمل اذ قد يقرر فيما ان علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر ان ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لان البائع اصيل كالشفيع فمن اين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عينه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان محل ذلك تردد البقاء الخيار بخلاف الخيار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعول به كنار عمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى اقول في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مداره على مجرد كون غرض الواهب المكافاة لا يستقيم اصلا فان كون غرضه المكافاة لا ينافي رغبته عن ملكه الا يرى ان غرض البائع ايضا المكافاة بالثمن مع انه لا ينافي رغبته عن البيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يندفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم او لزوجته او اخذ العوض عنها بغير شرط في العقد او غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع انه لا شفعة فيها فبقي النقض بها **قوله** ولا يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد اقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا انكر المشتري طلبه واما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا يبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع ان الظاهر من كلماتهم

قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او بحكم الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ونظير فائدة هذا انه اذا مات الشفيع بعد الطلبين ايام دار له المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخاصم لا ترث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية وكذا في الثالثة وعدم الملك له فيه لا يجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها وكذا اخر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرع الكتاب الى اخره بطلت شفعته وهكذا عامة المشايخ زعموا وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار الترك لا بد له من زمن التامل كما في الشفرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اخباره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال واثاني او بكم بعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض

بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم الكراهة اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا يبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مصير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في ان التعليل الثاني هل يصلح ان يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولا يحتاج اليه الخ قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معبرا في التسليم فلزم ان يكون معبرا في حكم الحاكم ايضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب ان المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل امر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع ان الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل اخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله او حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم ياخذ الدار وقال في شرح الكنز للزيلعي اي تملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملكه بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك وهو اي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي ايضا وثانيهما ان تسليم الدار المشفوعة ليس تسليمه المشتري وانما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بتوقف ثبوت البيع في حق البائع حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما سلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام ان يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم او تسليم الخاصم تبصر

باب الشفعة والخصومة فيها

لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح اقول هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض احد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منها وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه انه لما كان للخصومة في الشفعة شان مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها ايضا اصالة **قوله** اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه ودون اعراضه عنه اقول فلقائل ان يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل ايضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسياتي التصريح منه بان الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والجواب ان المراد بالاشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سياتي في الكتاب فلا ذا نافي بين كلامي المصنف **قوله** ولقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها اقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بالمخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على ان لام الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها يدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لام الجنس

والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد قال صاحب النهاية وذلك لان
طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه انتهى واقتفى اثره
صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس
بشرط انتهى اقول لقائل ان يقول طلب التقرير والاشهاد ايضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة فانما الذي لاثبات الحق طلب
الخصومة مع ان الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده
صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي
ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسياتي ذكره مرة اخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك انما يكون
وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة لمزوم
في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على ان في ذلك الوجه ايضا كلام لانه ان اريد انه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي وان الشفيع
به الخصم فهو ممنوع وان اريد انه يحتاج الى اثباته وعند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة ايضا ثم اقول يمكن ان يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير
ايضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لان الشهادة شرط بل يمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم
انتهى فانه يدل على ان الشهادة في طلب التقرير ايضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع
حيث قال واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول انتهى فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان
المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى **قوله** وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا اقول
في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب
الوثوق باخبار مخبره والظاهر ان مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال المخبر بعدالته وتعدده مما يورث الوثوق
باخباره ولهذا اعتبره ابو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظايره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد
مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا اخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا ولا طريق العلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار
الواحد فان افاد مثل ذلك الاخبار العلم يقين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يبقى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فليتفكر
ثم اعلم انه مما يجب التنبيه له ان المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم ان يكون قوله ههنا يجب عليه ان
يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا الايضاح
قوله يجب عليه ان يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وانه واجب على تقدير ان يطلب الشفعة انتهى
وسياتي نظير هذا في الكتاب في اول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت

[illegible]

[illegible] عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب المواثبة لما لا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها ايضا من ان الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفي التقاعد وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك اقول في هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الاشارة اغنى الاشهاد على البائع او على المشتري وعند العقار اللهم الا ان يكون المراد مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب ان يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها بالجوار لدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وانا اطلبها الآن ايضا فاشهدوا على ذلك او يحضر المشتري ويقول هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا وانا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا او يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا انتهى قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي بلا صفتها تم دعواه قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لا بد ان يسأله ويقول هل تم خيار المشتري البيع او لا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشرى ليعلم ان المدة طالت او لا فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الانتهاء فاذا قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث يسأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير يسأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه انتهى اقول القائل صاحب النهاية آخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وافسد فان عباراتهم كانت هكذا ثم اذا يسأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت او قال حين اخبرت من غير لبث يسأله عن طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عباراتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك ان اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما احلت به خبرا في اقسام الطلب وايضا قيل فيما قبل يسأله متى اخبرت بالشرى وكيف صنعت حين اخبرت بالشرى وقد نقله صاحب العناية فيما ايضا قبل فعلى تقدير ان يقال هنا ثم بعد ذلك يسأله عن طلب الاشهاد ومراده طلب المواثبة يغير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة يسأله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين اخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال من طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا يسأله عن طلب المواثبة يسأله عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين اما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر واما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام اذ ذاك يلقى في صورة الشرعية فمقدمها وهو قولهم اذا يسأله عن طلب المواثبة اشارة الى ما ذكر فيما قبل من السؤال فكيف صنعت حين اخبرت وليس فيه بحكم جديد حتى يلزم التكرار تامل تفهم قوله ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه اقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الى الموكل مع انه ليس بخصم هناك فكان ينبغي ان يزاد عليه قد فارق بين الصورتين بان يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكان المصنف

قال وان حضر الشفيع البائع والمبيع في يد المشتري فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد لهم وفي يده مستحقة ولا يسمع القاضي بينته حتى يحضر المشتري فيقضي بالبيع بمحضر منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل المشتري خصما في الشفعة لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار في يده قضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيقضي بالبيع عقيب منه بشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان مقضيا له من جهته فيتضمن الفسخ عليه ثم هذا الفسخ المذكور ان يقضي في حق الاضافة خاصة فيبطل البيع في حق المشتري لا غير فيبقى البيع نافذا في حق البائع والمشتري جميعا وان يقضي في حق الاضافة والبيع جميعا فيبطل البيع في حق البائع ايضا لان الشفعة بناء عليه ولكن يبقى الشفعة وتصير كزيادة من المشتري بناء على البيع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري بغير اذن البائع حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض في حق الاول ولم يتم في حق الثاني وتمامه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى جارا لشريكه فهو احق بالشفعة لانه ضرر لا يزال الا بالشفعة ولا بد من الاخذ بالشفعة من حق العقد لان المشتري خصم لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالمبلغ من الموكل على ما عرف فتسليمه المبيع الى المشتري تسليم الخصومة معه لانه معه ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فالشفعة ان يأخذها الشفيع بالثمن الذي باع به الوكيل لانه صار كالمبلغ عنه لان الشفعة عبارة عن الاخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد قال واذا قضى للشفيع بالدار ولم يبن لاحد فيها خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان الشفيع غائبا فلا يأخذها الا بالثمن الذي قضي به في الشراء ولا يسقط الرد بالعيب بالرضا بعد القبض لانه ليس بشراء فلا يلزمه الا بالتسليم ولا يسقط الرد بالعيب بالرضا بعد القبض لانه ليس بشراء فلا يلزمه الا بالتسليم

فصل في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه زيادة والمشتري ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ليس بمشتر ولا يتحالفان لان الشفيع ليس بمشتر ولا يتحالفان لان الشفيع ليس بمشتر

لكونه منكرا الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه برد الوديعة عليه مكان للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف اصلا فرجح ابو يوسف بينته بناء على كونها اكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجهتا ما ذكرنا سويا آ. ما ذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحك عن ابي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكي عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما انه لا تنافي الى آخره وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الى آخره حكى اوليهما محمد واخذ بها وحكى ثانيهما ابو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكر وافي الشروح **قوله** وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان اريد ان الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري ايضا بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتامل في الدفع **قوله** وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فخلافه اقول يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا يصح هنا ايضا الا بفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول يدل على لزوم الفسخ هنا ايضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المص بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك لا بفسخ الاول اما هنا فخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والفسخ هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين الذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثالث هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما هنا فخلافه اي لا ظاهر في حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف ان الثالث هنالك وهو المالك القديم ياخذ العبد المامور من المشتري من العدو بالثمن الثاني واما الثالث هنا وهو الشفيع فياخذ الدار من المشتري باي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول واما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المامور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وحان المقام بهذا الوجه مما يهم وقد اهمله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع والله اعلم

فصل فيما يوخذ به المشفوع لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما ياخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا في الشروح **قوله** وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه اقول كان الظاهر ان يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل البيع الذي تملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض ياخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله اهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي والفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها هنا ولقد احسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما تملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى انتهى **قوله** وليس الرضى به في حق المشتري رضى في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه لكن قال صاحب النهاية هذا دليل اخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضى لكونها مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاء بفتح الميم وهو مصدر ملو الرجل وقال القائل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا تثبت حق الشفعة

لا باب الذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار فذلك له لان له ان يلتزم زيادة الضرر من حيث النقد وفي الكتاب اشار حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة وعندهما خلافا فالقول ابي يوسف لهما ان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير وشفيعه ذمي اخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقتضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذه في الاول بمثل الخل وفي الثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعه مسلما اخذه بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر كذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعه مسلما وثمنه للمسلم نصفه بنصف قيمة الخمر والذمي نصفه بمثل الخمر لقلة البعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذه بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لان بطلان ملكه اذا اشتراه بخمر لا يمنع الشفيع انتقاله عنه فبقيه الوجه هذا

لانتفائه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل اخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكره دفع ما عسى يتوهم ان يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضى بالاجل في حق المشتري رضى به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس في الملاة فلا احتياج اصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقدير مقدمات يجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سوال والتزام جواب بعيد عنه بل لا وجه المقول بانه لا يدفع الشفعة من الرضى عند من احاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي او بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للملك **قوله** ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان قال صاحب العناية قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الى آخره يوهم ان الشفيع يملك مبيعا جديدا وهو مذهب بعض المشائخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه انتهى واقتفى الشارح العيني اقول هذا خبط فاحش منهما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فاخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري واخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة ام بعقد جديد انما هو فيما اذا اخذها الشفيع من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري واما فيما اذا اخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل احد بان انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له اصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى اليه المصنف في اواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ انتهى والصواب ان قول المصنف ههنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة اخذها من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ويتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار وان قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة اخذها من يد المشتري بعد ان قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى ان تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض انتهى فكان كل من المسئلتين المذكورتين ههنا مطلقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما اصلا **قوله** وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الاخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان المص لم يتعرض فيما قبل لدليل ابي يوسف الاخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرر الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره واما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في اول التقرير مما لا يفهم

فصل قال واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهو امين سنة انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده ليس له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالمرهون له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا انتزع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفعا الى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يعتدي عليه وهذا ينتقض ببيعه وهبته وغيره من تصرفاته

من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الذات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه واما ثانيا فلان قوله ولئن كان هذا نسلم انه ليس بتمكن من الاخذ في الحال بل هو تمكن منه بان يودي الثمن حالا مما لا يكاد يصلح ان يكون جوابا عن دليل ابي يوسف الاخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل او الاخذ في الحال بثمن موجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرتقبه فائدة لا لاعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان منع تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بان يودي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من انه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان اداء الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف ابي يوسف في قوله الاخر فيما اذا لم يخير الشفيع اخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بان يودي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق ان يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الى اخره على تتميم دليل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يحمل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح اخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول ابي يوسف الاخر وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى بتصرف

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة او بالنقصان بنفسه او بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا باتخاذه في فصل على حدة قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع الى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا اي وهذا المدعى الذي قلنا وهو ان لا تكلف المشتري لقلع البناء انتهى وذلك المعنى فسره سائر الشراح ايضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية اي ما قلنا انه لا تكلف وقال صاحب الكفاية اي قول ابي يوسف ان لا تكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية اي القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني اي ما قلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس اقول لقائل ان يقول قد تلخص من جملة ذلك ان المشار اليه بكلمة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره اصل مدعى ابي يوسف فيلزم ان يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره دليلا على ما كان قوله ولابي يوسف انه محق في البناء الى اخره دليلا عليه فينبغي ان يقول ولان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره على ما هو الطريق المعهودة عند تعدد الادلة والجواب ان من عادة المصنف في كتابه هذا انه اذا اراد ان يبين لمسئلة بعد بيان انتها سلك هذا المسلك ايماء الى ان مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان اصل المدعى واحدا وكانهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك في موارد باوقد كنت نبهت عليه من قبل ايضا فلا تغفل قوله وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه اقول هنا كلام وهو ان المصنف قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فان المتفهم مما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري ثم ينتقل منه الى الشفيع بالتراضي او بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب ان المراد بما ذكره ههنا تقديم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في التملك والتملك منائر للاستحقاق وموخر عنه اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة ان للشفعة حق الاثنا الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت

بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف
ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بلا اجر وليس فيه كبير
ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه لم يأخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء
والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فكان كمنزلة البائع والمشتري

باتصال التملك بشطر البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع اقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري اقدم في التملك كما لا يخفى **قوله** بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة قال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيها تسليطا من جهته اقول فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين احدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الاول وان لم يكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح ان يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي ان قوله بخلاف الهبة الى آخره متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى ان مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه اقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد للبائع في الشري الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى اقول لقائل ان يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشري الفاسد ايضا فكيف يتم قياس ابي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشري الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في ان لا يكلف القلع كما هو مذهب ابي يوسف ههنا فان قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهبه في الشري الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المذكور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح ان يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على ابي حنيفة من مذهبه في الشري الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله المشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة فقط ثم اقول الاوجه في التوجيه ان يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشري الفاسد قولين احدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما انه ليس للبائع ذلك كما قاله ابو حنيفة وقد نقله صاحب الغاية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرا مع ابي حنيفة انتهى وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان احدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع الى آخره وهذا ما رواه عنه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله ابو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال فهو بالخيار ان شاء اخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن ابي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك صرح بذلك عنه كله ابي الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذا قد كان الامر كذلك فيجوز ان يكون قياس ابي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على احد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشري الفاسد وهو ان لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول ابي حنيفة فيهما ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشري الفاسد بقوله عند ابي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن احد قولي ابي يوسف فيهما وهو قوله الاول كما عرف فتدبر **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد

لم اضعف

والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهته انما هو لا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدم الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخل في البيع من غير ذكر فلا يقابله شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيع الاربعة بكل الثمن في عقد الصرف بخلاف ما اذا غرق نهر الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بالشفعة **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ الارض بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذه بالنقض لانه صار مقصودا فلم يبق تبعا **قال** ومن اتبع ارضا على غلة اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان اتباعها وليس في النخل ثمر فاشتراه المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع يسري اليه على ما عرف في ولد المبيع **قال** فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين بحصته لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مقصودا بالاتلاف قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه هذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذه بما بقي من الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب ابي يوسف فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء يأتي في الشراء الفاسد انتهى اقول نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من مصرحات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس ابي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بنينا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الاخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول ابي حنيفة فليس له ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه واجاب صاحب العناية عن النظر المذكور بوجهين اخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافه انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية واما في الثاني فلان الظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا اول فكيف يبقى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه بتصرفهم قوله والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع وسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اقول فان الاولى ان يقال ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا البائع ولا من المشتري ليعم ما اخذه من البائع وما اخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذه منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختياره منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك على صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع انتهى ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته اقول ليس ذاك بشيء لان قيد الجبر ماخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه ايضا اخذ ذاك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الاخذ بالتراضي ايضا حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لا انه بغير عدم اختياره ولا يخفى ان توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا ينقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا ينقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا ينقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الا فيما ذلك من العرصات لان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما ينقسم وما لا ينقسم وهي الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رح في ايجابه في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به في بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء النقل اذا بيعت دون العرصة ومن صححه من كونه لا يصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق به الشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه مما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء لعموم ما ذكرنا ولان الحكمة فيستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما ملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة عليها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عرفت بالنص في مبادلة المال بالمال بيعا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع

في الاول واعتبار عدمه في الثاني تامل تقف بقي شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو انه لئن كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان بائع ارد الغرور وعدم الغرور فلقائل ان يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما يلفاه وان كان سببها غير ذلك فهو واضح سببا بين الشفيع الاخذ برضى خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة انتهى والظاهر ان خصم الشفيع وان رضي باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح قوله الشفعة واجبة في العقار قال جمهور الشراح العقار كل ما له اصل من دار او ضيعة اقول تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يابا ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا ان يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة او مما لم تسمع قط ثم اقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من دار او ضيعة انتهى فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على اول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق التفسير الثاني منهما فكانهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام لان الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها ايضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضيعة والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار انتهى وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع انتهى اقول في كلامه اختلال لانه فسر العقار اولا بما يشمل الاقسام الثلثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى

قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلوة والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه الصلوة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فمن وعليه ان مقتضى ذلك الحصر ان لا يثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط ايضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن ان يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من اين يفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيئا ما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن كما ذكره المصنف فتامل قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة انما يجب في العقار ومن شرطها ان تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال او قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يوخذ به المشفوع واجبة

وعند الشافعي رحمه الله فيه الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان نفذ بعقد المكاتبة والبيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عرض فيها اساسا وقوله
يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده لان الدم ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعد الاجارة ضرورة فلا يظهر في حق الشفعة ولكن
الدم والقود غير متقوم لا لكونهما بالتقوم مقام غيره في المحل الخاص المطلوب تحقيقه فيما اذا كان بجنايته فرضها الدار هو لانه عند الفرض في العقد وكونه مقابلا بالبضع
بخلاف ما اذا بلغها بمهر المثل وبالسعي لانه مبادلة قال الولوالجي وجهان على ان رد عليه الفاسد شفعة وجميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تجب في حصته الا لف لانه مبادلة قابلة
في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تام ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل اذ لا تجب الشفعة شرعا في المبادلة المالية
للقصد وتحقيقه ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق ربح المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه ف ويصالح عليها بانكار فان صالح عليها
باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في النسخ المختصرة والصحيح ايصالح عنها بانكار كما قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده في زعم انه لم يترك
عن ملكه لانه اذا لم يصالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء لليمين وقطعا للشغب فحسم لما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي فانه استفاده
بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من نفسه بيعا مال ف ولا شفعة
في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بمعنى البيع وان لا يكون الموهوب له عوضه شيئا لانه هبة ابتداء وقد قررناه وكذا بطل هبة لما اذا لم يكن العوض مشروطا
والصدقة لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها في متنع الرجوع ف ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يتم زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال
الملك عن البائع في الزوال يشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عنده فان لم يشترط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يتم زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني
عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع الجبري المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع فان بيعت الدار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ
بالشفعة اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في الذي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال وضحناه في البيوع فلا يفيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث
لا يبطل خياره بل يأخذها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بالصريح لا بطلان فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في
الاولى حين بيعت الثانية ف ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ

وهي انما يكون اذا كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بالنشاء بسبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه
بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به التملك انتهى اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز ان ياخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به التملك وهو الهبة بلا عوض لا يقال لا يتصور
الهبة بدون رضى الواهب بالتملك لانه رضي بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع اخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضى التملك وعن هذا قالوا ان حق
الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تاثير لحديث عدم رضى التملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم
ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وامثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها
تثبت بخلاف القياس بالاثار في معاوضة مال بمال فتقتصر عليهما قوله وعند الشافعي يجب فيها الشفعة لان الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها قال في العناية وهي مهر المثل
واجرة المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق انتهى اقول في قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصورة
المذكورة الا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار الا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته
قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر ان يصير قيمة احد العوضين قيمة للاخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصور المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منها عوضا من الدار و
لم يقل به احد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية ايضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كان الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فتامل
انتهى اقول لم يصب في زيادة العبد والحاقه بالدار في المؤاخذة فان العبد باخوذ في جانب الاعواض القابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فكون الكلام في قيمة الاعواض
لا ينافي اعتماد قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن يتحمل الاعتاق متقوما لا بد له من المصير الى قيمة العبد في تقويمه الكلام هنا على اصله
واما التحقيق من قبلنا فسيجيء بعد قوله وكذا الدم والحق متقوم قال في العناية انما افردهما لان تقومهما بعد لانهما ليسا بمالين فيعتبر الاعراض التقوم انتهى اقول فيه بحث لان تقومهما موقوف
على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانهما ايضا ليست باموال عندنا وقد افصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعواض ليست باموال
وقوله في باب المهر كتاب النكاح ان المنافع ليست باموال على اصلنا والحق عندي في تعليل ان تقومهما بعد لانهما ليسا بمتقومين اصلا اي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري
بخلاف ما سواهما من الاعواض المذكورة فانها متقومة بالتقوم الضروري كما مر آنفا قوله وفيه اشكال اوضحناه في البيوع قلا نعيده قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال
غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى اخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق
جواب الاشكال رائجة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم لقيل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في
كفاية المنتهى كذا في العناية اخذا من معراج الدراية اقول لا يذهب عليك ان قوله ولا نعيده يابا عن ان يكون مراده بقوله اوضحناه في البيوع
ايضاحه في بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شيء في كتابه هذا بعد ان ذكره في كفاية المنتهى لا يعد اعادة والا لزم ان يكون اكثر مسائل هذا الكتاب بل
جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها قال صاحب العناية وفي قوله ومن

وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار لحق به تصرفا
وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دارا بجنب دار هي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلم الى المشتري
فهو شفيعها لان الملك له وان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع جارا ما اذا سلم بعد لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس
بشرط فبقيت الماخوذة بالشفعة على ملكه وان استرد البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه
عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استرد بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار
فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال
واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع
لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع
فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لا في حق الشفيع وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث

ابتاع دارا شراء فاسدا التلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله انتهى
قال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث اتى بالجملة الشرطية الدالة على الحدوث لا الاستمرار انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد
انما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد ويوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية اظهر واجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان
لم يكن في ابتداء العقد واما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانتهاء فيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فحمل الاتيان بالجملة
الشرطية ان لم يكن ملوجا الى الثانية فلا اقل من ان لا يكون ملوجا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا
للابتداع الذي هو اصل العقد فعلم به بان المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطاري وهذا مما لا ستره به قوله وحق بالفسخ ثابت بالشرع لدفع
الفساد في اثبات حق الشفعة تقرير الفساد واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان يثبت في حق المشتري
لما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراه بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط
وهو للمشتري دون الشفيع واجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فاذا اسقطنا
العوض لفساده فيه يبقى البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا فلا يمكن انفكاك عن مفسد فلا يثبت الشفعة هناك واما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن
العوضين اذ هو للتامل وبالتروي فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح واورد بعض
الفضلاء على قوله فاذا اسقطنا العوض لفساده فيه يبقى البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة فيه الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط
الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر انتهى اقول ليس بشيء لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض
مما لا يتصور اما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض في عقد المبتاعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في ذلك
العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه واما امكان عدم اسقاط ما يصلح ان يكون عوضا في مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق اخذ
المشفوع بالثمن الذي اخذه به المشتري لا بمطلق جنس الثمن واما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر
ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له واما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم
لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يوخذ به المشفوع والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى لايراد المذكور
اصلا واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال صاحب العناية ولانها لو وجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان كون القاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي
ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن متقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا اقل من كونه معه وقد تاخر عنه هنا
حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي به زوال ملك كل واحد من المتقاسمين عن الجزء الشائع في حصة الاخر واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة
للمقاسم لاجل مانع يمنع حصوله وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الاخر الذي لم يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان لانه
لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار ولا يجوز ان يقدم الجار على الشريك انتهى اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان
المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام واما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل

ذو مراد لا الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان الخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب هذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم

لو ثبت لذلك الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويظهر لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة والا اذا لم يثبت له حقها لمانع كما فيما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك الا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها اخذ بالجار لتقرر حق الشريك كما مر في اوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه ان يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض قال جماعة من الشراح اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه انتهى وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن ان يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتامل انتهى كلامه يعني يمكن ان يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية يحمل قول القدوري او بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة اصلا سواء كان بقضاء او بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله او بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا قوله فيما سبق اقول الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية فان ما ذكره ذلك البعض ساقط اما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض غيا بعد بيان قول القدوري وان رد بالعيب بغير قضاء الى اخره بل كان ينبغي ان يذكره قبله اما بيان قوله ثم رد بها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له رؤية باساليب كلام الثقات سيما لمصنف واما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري او بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض افراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فرد اخر ايضا اذا لم يكن ذلك القيد منافيا لعمومه ذكر الفرد الاخر هناك كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض ايضا غاية الامر ان تاثير القضاء في ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تامل

باب ما يبطل به الشفعة لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة ان الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي الجحاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو انكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لا لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يمكن ان يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان بطلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمى هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكر من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا طلب الشفيع الاشهاد اي طلب المواثبة واستغنيا بهذا التفسير عن البعض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية ايضا بما فسراه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس

قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه اقول فيه خلل لانه جعل قول المصنف ههنا لاعراضه عن الطلب ضدا اي معنيا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري يقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون ان يقول لاعراضه عن الطلب وهو الذي اشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا انتهى واما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا ايضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك لقوله المذبور هو ان المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب اشهد طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على احد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف يتصور ان يكون احدهما

ضد الآخر قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمت شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ما ذكر فيه المال اولى انتهى كلامه اقول هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الى اخره الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض بطريقة اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بادنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى القيام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع اعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرى الا يرى الى ما قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا بعد وجود الشرط فلا ينزل التسليم انتهى قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى مر به من الكفالة لما لم يجب العوض لم يثبت البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ثم يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة

والحوالة من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة الحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان الابيرا ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفعة
قد سقط بالعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط
حقه في الشفعة فاما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض اصلا فلا يسقط حقه في الكفالة انتهى ومن هذا الجواب يحصل الجواب
عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني اقول لا يذهب عليك انه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ ابي المعين الجواب عن النظر المزبور بل
لا مساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ ابي المعين متعلق باصل المسألة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله والتعليق
اسقاطه بالجائز من الشرط فاحد هما بمعزل عن الاخر كيف لا وقد ذكر صاحب العناية ولا كلام الشيخ ابي المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال واورد الشيخ ابي المعين
النسفي في شرح الجامع سؤالا وجوابا في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا يجب شفعة ايضا الى اخر كلامه ثم اورد نظره المذكور
في حاشية اخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح اولم يبطل
الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت
بعينه من الدار بحصة من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان في قوله
على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح اولم يبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك
ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض اصلا اذ لا يصلح شيء منها لان يكون
عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسألة لبطلت الشفعة ورد العوض يعم ايضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة
وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة ايضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على
بعض الدار صح اولم يبطله الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما يعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات
لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية واما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين
اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما ايضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة
المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول ان يقال لكون الحصة معلومة تدبر قوله وكذا لو باع شفعته بمال
لما بينا اشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء
وانت تعلم ان ما بيد لا يفي بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة اخرى انتهى اقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي واما
ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك بما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض
عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن ايضا شيئا من المعاوضات اصلا فلا جرم كان
اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك
فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها انتهى قوله واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت
باقل او بخمسة او بعشرة قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها

قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم يرد الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في البعض

اقل مما اشتري من الدار اهم كان تسليمه باطلا ايضا لان اطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو اخبر ان الثمن عبد او ثوب ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون اقل من قيمة الذي اشتراه به او اكثر وكذلك تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وكذا ايضا استدل في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال لو اخبر ان الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو ان الثمن الف درهم فاذا ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولية فان التسليم اذا لم يصح فيما اظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا اظهر اقل اولى انتهى اقول ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها الفا او اكثر او اقل كان التقييد بكونها الفا او اكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه في بادي الرأي تقييد الحكم ايضا فلا اقل من كونه مستدركا وان عد السابك مسلك الدلالة بالاولوية امرا مبهما في هذا المقام كفى ان يقال قيمتها اكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا اظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا اظهر اقل منه او مساويا له اولى فلا مخلص من استدراك احد القيدين قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضى بجوار هذا لا يكون رضى بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده انتهى وقال صاحب العناية هنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى انتهى ولا يخفى ان كلام صاحب العناية خلاصة النظر الذي اورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قوله المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما تعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وانت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر هنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع اداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على اخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المص فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلاميهما لا يساعد ذلك اصلا اما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص جوازا ان يكون مخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم يوجد تلك في الفاسد واما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى ان ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما

فصل قال واذا باع دارا الا مقدم فرع منها في طول لكن الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه

الا بيتا قال واذا باع منها سهما بثمن ثم باع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك نقض

سلبه فان اراد الحيلة باع السهم بالثمن الذي اشتراه والباقي بالباقي وان باعهما بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن

هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجار والشركة فباع باضعاف قيمته وبسط بجانبه ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت الشفعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب

لتمام البيع الثاني فتصير به دارا وجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق الشفيع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال وذكر الحيلة في اسقاط الشفعة عند

ابي يوسف لو تركه عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيل بما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فيرد بعد ضرر ما على هذا الخلاف

الحيلة في اسقاط الزكوة مسائل متفرقة قال اذا اشترى حصة فيها دار الى جنبها شفيعان يأخذ نصيب احدهما كلها او كلها والفرق ان في الوجه الثاني

ما دون البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول لتوهم الشفيع مقاسم احدهما فلا تتفرق الصفقة وفي هذا بين اذا كان قبل القبض او بعده وهو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب

ادائه الحيلة بالاستقراض حتى يدفع كيلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع بخلاف ما بعد القبض لانه يستطيع الدفع وشراء سهم لكل بعقد واحد وكان الوجه ان لا يصح في هذا لتفرق الصفقة ولكن ذكر ناقص في كلمة الشفيع

الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تامل تلقف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به وفي استعمال

الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاسقا يتاذى به فاحتيج الى تبيانه كذا في العناية وغيرها والمكان يحتمله

على ظاهر هذا التوجيه ان السابع يخرج المبيع من يده وملكه بالتسليم فيحصل به الخلاص له من اذية مثل ذلك الجار

الفاسق فما الاحتياج الى استعماله لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قيد قول صاحب العناية

يتاذى به في قوله لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به بان قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز ان يقال ذلك اذا كان للبائع

دار اخرى وراء داره المبيعة فتدبر انتهى اقول الاظهر عندي ان يقال المقصود من اسقاط شفعته مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتاذى به

دفع تاذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تاذي نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة

مما يتحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر قوله والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق بالمشفوع يبطل

الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة بانه اذا اراد ان يبيع الدار

بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان يأخذها

بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار

ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فتبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيخان الا انه لم يتعرض لكون ذلك

مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف هذا حيث قال وقوله والاوجه الى آخره تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم

الى آخره ما ذكر في النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان اقول لا يذهب على ذي فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى

قاضيخان وفي الشرحين المزبورين فان معنى كلامه ان يباع بكل الدراهم التي من الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها ان يقبض بعض منها ويباع

بالباقي دنانير وعن هذا قال المص فيما اذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا ثمه لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه

نعم كلا المعنيين مشتركان في ان يعوا الجوار والشركة وان لا يتضرر بائع الدار فيهما لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من

يستحق الدار في شيء منها فصار احدهما نظيرا للآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح احدهما لان يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى قوله ولا تكره الحيلة في

اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله قال في العناية اخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم ان الحيلة في هذا الباب

اما ان تكون للدفع بعد الوجوب او لدفعه فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اولها لك فلا حاجة لك في الاخذ فتقول نعم يسقط به

الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا

لقائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكوة انتهى

اقول في هذا التقرير شيء وهو انه اما ان يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه اجماع المجتهدين واختلافهم

قال ومن اشترى نصف دار وهو مشاع فقاسم البائع اخذ النصيب الشفيع الذي صار للمشتري وبدعم لان القسمة من تمام الشفعة لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يلتحق
الشفيع بالقسمة في الهبة والشفيع لا يتمكن الشفيع وان كان له حق يد يعني دابيدة على البائع فكان للشفيع ان يقاسم البائع اذا قاسم احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة
وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فتكون القسمة من تمام الشفيع الذي صار العقد بل هو تصرف فيكم الملك فينقضه الشفيع
كالشفيع بعد وهبة ثم الطريق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع باخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو الذي ذكر ابو يوسف لان الشفيع
بالنصف وعن ابي حنيفة رحمه الله انما يأخذ اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يشفع في الجانب الآخر قال مريم دار الدار صيد ماذون عليه من قبل الشفعة وكذا اذا كان البعد غير البالغ
قلنا في الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالقهر فيتنزل منزلة الشراء وهذا لا يتحقق بعد الاذن بعد الاذن يعرف للتصرف ما اذا لم يكن عليه دين لان بيعه له ولا شفعة لمن بيع قال وتسليم
الاب الوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله جعل شفعة اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا باعهما شراء دار مجاورة دار الصبي فلم يطلبا الشفعة حتى
الخلاف في تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كما ذكره الكرخي وفي رواية ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كذا في وجوه كلامه شرح لان نفع الصغير انفرد فكان ابطاله اضرارا به وقال الله في معنى
الخيار كان وكذا الاوان من حيث المعنى هم من الابرا وهو ولا ولاد ابو يوسف ثم والفرد وقد يكون المشتري لبقي الشفيع ملكا والولاية تقريرية فيملكانه وسلوكا كما يطالها الكونه دليل الاعرض هذا اذا سئل ثم
ادرك الشفيع ما اشتراه الشفيع بما اشتراه الشفيع بما اشتراه الشفيع ب

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

ونحو ذلك كيف يقدم المنفي هناك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل انتهى اقول فيه نظر وهو انه كما ان في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك احد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فيكون بقاء ما كان اصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما اشبه ذلك قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما كذا في العناية اقول ههنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكرناه في الكتاب والشروح ان القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما ياخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر ان البعض الذي ياخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن اخذ ذلك بمنزلة اخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه ان لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك ان اخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما ياخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما ياخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن اين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان اخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة واخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة اخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين واخذ المثل بيقين يجعل كاخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر ايضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر هينا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال اشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجه البسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبهة المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما ياخذ كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما وكان افرازا الا ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم

الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة يسأل القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة
لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار تحقق التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم
قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من
جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم
تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر

ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة
الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان الاشكال الذي ذكرناه يتوجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد
منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد
فيه الا افراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه واخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع
اجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك ان اخذ كل واحد منهما عين
حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان اخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه اخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان اخذ ذلك
المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا وراجحا لتحققه في جميع اجزاء المقسوم وتحقق المبادلة
في بعضها كما تحققه قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد هذا جواب
عن سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما اجبر الابى على
القسمة في ذوات الامثال كذا في عامة الشروح اقول هنا ايضا اشكال وهو انه ان اريد بقوله لان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذ
احد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ في الاجبار على اخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر
على ما قالوا وان اريد بذلك ان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم
لقوله لتقارب المقاصد فذاك ينافي ما يقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز بالنظر
الى النصيب الذي يأخذه احد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر ايضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فانى تصور
القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتامل ثم اقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن
هذا الاشكال وكان مناسبا لامحالة لقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت اجناسا مختلفة كما سياتي تنبيه تقف قوله لانها مما
يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين يعني انه لا اضافة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين
والديون يقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدي المديون بدلا عما في ذمته اقول لقائل ان يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما اخذه
الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان اخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين وعن هذا جعلوا اخذ المثل في القرض
كاخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه احد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل
ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج الى
الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله ولو تراضوا عليها
جاز لان الحق لهم قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة
شرط بالنص انتهى اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام في نفسه لانه ان اراد ان القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو
ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة [illegible]

هو الظاهر في غيرها وان اراد ان المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الآخر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع ان التراضي ليس بشرط فيها على ان كون التراضي شرطا في التجارة بالنص يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس ايضا لان قسمته ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز التي بخلاف التجارة فتكليف تلحق احدهما بالاخرى والحق عندي ان معنى كلام المصنف هنا هو انهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف ان يبقى حق احدهم على الآخر لتعذر المبادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد اسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الحق الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح **قوله** معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص اقول لان النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر انفا ولان منفعة نصيب القاسم تعم العامة فيكون كفاية في مالهم عرفا بالضم فتامل في التوفيق **قوله** ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة انتهى وتبعه في اثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مامونا عالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة لارادة ظهورها فان قلت فلم لا يجوز ان يراد بالعدالة ظهورها كما اريد في الامانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة واما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراده هو لا الشارح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي محال افادة المعنى المقصود وههنا بعبارة اخرى اخصر مما وقع في الكتاب **قوله** وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن الورثة ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره قال بعض الفضلاء وانت خبير بان لا اولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا وللآخر بكونه مدعى عليه وكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لاقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة ثم يجعلون احدهم مدعيا لتحصيل مقصودهم الى هنا كلامه اقول لا استشكال له شيء ولا جواب اما اولا فلان للقاضي ولاية التعيين في امثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فتحصيل الحالة تحسينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل احد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه على ان لكل واحد من الورثة الحاضرين مدعيا في حق دعوى نفسه على الآخر ومدعا عليه في دعوى الآخر فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظيره كثير من ان يخفى في مسائل الفقه فلا يتوهم الجهالة حينئذ اصلا واما الثاني فلان مقتضاه ان يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم احدهم مدعيا على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من احد ولم يرفي شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه اصلا فضلا عن ان يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن الموت لقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد ان اقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسرها **قوله** وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما قال في العناية اعاد

قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسم بينهم لانه يبتني القسمة قضاء على الغير لا فيما اقروا بالملك لغيرهم وفي الجامع الصغير لو ادعاه رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما الا احتمال ان تكون لغيرهما ثم هو قول ابي حنيفة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك فامتنع الجواز قال وان اقاما البينة على الوفاة وعدم الوارث والدار في ايديهم ثم جاء وارث غائب سلمها القاضي بكفيل حاضر يعطيه بغرمه نصيب الغائب وكان لو كان مكان الغائب صبي يقسم ويدفع نصيبه بعينه لان يد نظر القاضي والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عندهما ايضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا مشتريين لم يقسم شيئا احد منهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث او باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احد خصمائه عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحجة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا يرد بالعيب على بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب وفي الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب شيء منه لم يقسم ولكن اذا كان في يد مودعه ولكن اذا كان في يد الصغير لا تقسم قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يد دام من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في ذلك بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح خصما وخاصما ولكن يقاسمه ما اذا كان الحاضر ابنا على ما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصنع ما صنع اذا اقيمت البينة ولكن اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيما فطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسم بقسمة الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه ولكن الوصي عن الصبي كالوصي الحاضر عند البلوغ يقيمه مقامه **فصل** قال فيما يقسم وما لا يقسم قال وان كان لواحد من الشركاء ينتفع بنصيبه فيما يحتمله احدهم طلب احدهم على ما بيناه من قبل وان كان لا ينتفع احدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه قال طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلا يعتبر وذكر بخصاف على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بالغير والآخر ضرر بنفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان من طلب القسمة يقسم القاضي والوجه ما ذكرنا لان الاضرار الذي يوجد في الكتاب هو الاول وان كان لواحد نصيب يستضر بقسمه لم يقسمها لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتخريب نصيبهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما الانتفاع فيعتبر الظاهر

لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما في ايديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون مشتريا فيكون لهما لان الاصل ان يكون الملك في يد مالكها فلا يقسم احتياطا انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله لان الاصل ان يكون الملك في يد مالكها غير مفيد هنا بل مخل بالمقام لان ذلك الاصل اعني كون الملك في يد مالكها يرجح كون ما في ايديهما ملكا فينبغي ان يقسم بدون اقامة البينة مع ان جواب مسئلة الجامع الصغير ان لا يقسم بدونها كما مر نعم يصح ان يكون ذلك المقدمة في تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا ان لا يكون ملكا لهما لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى اقول يمكن دفع ذلك بانه ان اراد ان المحتمل هنا ان لا يكون ملكا لهما اصلا لا غير فهو ممنوع قوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض الشيء لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن لا ملكا لهما احتمال اصلا لما جاز استماع البينة له وان اراد ان في ذلك ايضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال ان يكون ميراثا وان يكون مشتريا في ان لا يقسم بدون البينة احتياط ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لان الاصل ان يكون الملك في يد مالكها لا اخلاله بالفرق بين الروايتين كما بنيناها عليه آنفا واما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال ان لا يكون ملكا لهما اصلا لدلالة ثبوت ايديهما على ان ما فيها ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر **قوله** وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز يعني ان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتمليك المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك يقتضي الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان هذا التقرير يقتضي ان لا يجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا التسليم ايضا في العقار مع انه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضي ايضا ان لا تجوز القسمة بدون البينة عند ابي يوسف ومحمد ايضا فيما ادعوا الارث في العقار مع انه قد سبق ايضا انهما يقولان بجوازها فيه بجبر واعتراضهم ثم اقول يجوز ان لا يكون مراد المصنف بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث ايضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل ان يكون مراده بذلك انه لا ملك له في دعواها اي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له اصلا في رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا انهما في ايديهما واقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا ملك صريح الملك فافترقتا فحينئذ يندفع الانتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيهما سبب الملك من الارث او الشراء ويؤيد بذلك ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلفت الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع جامع الصغير فيما ادعيا اليد ابتداء ثم بيانهما ادعى الملك ابتداء واليد ثابت لمن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل ان الملك في يد المالك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل ان يكون ملك الغير لانه احتمال لا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر اما اذا ادعيا اليد واعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه لانهما طلبا القسمة التي تقتضي تقرر الملك لا يكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على ان الملك ليس لهما فتأكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال ان يكون

قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسان بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع مبادلة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثيرا وقليلا المعدة للمكاسب والمنافع وبيع الدقيق والخبز والهاون لا يقبل بانفرادها او البعض او الغنم ولا يقسم شاة وبعير وردن وحمار ولا يقسم لوانى لانها باحدة الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة وتقسم الثياب المروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ لا يتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا خلافا في ثلاثة اثواب فاجعل ثوب ثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب ثلثة او باع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وكذا التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان من الحيوانات جنس واحد تجنبا في المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيع وقسمة شيء وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا فالجواهر تفوق قبل اذا اختلف الجنس لا يقسم كالاولى والياقوت قيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر اقبح من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او دار جاز عليها لا تصح التسمية وتصح ذلك على عبد فدل على ان لا يجبر على القسمة قال لا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى لان بذا اضر الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم بخلاف الدور لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان صلاحا قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الارحاء الواحدة اسما وصورة تنزل الى اصل السكنى اجناس معنى تنزل الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى الناظر وقلما الاعتبار للوصف وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب للمسجد فلذا اختلفوا فاما جنسا فلا يكون التعديل في القسمة وكذا لا يجوز التوكيل بشراء دار كذا او توزوج على او لا تصح التسمية كما هو الحكم فيما اذا الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان قسمة كل بيت عليحدة ضرر فصلت الدار قسمة واحدة قال رحمه الله تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عند هما وهو رواية هذا عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى والبلوى محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها كتفاوت المنازل الثلاث ثقة كالبيوت المتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ بشبهتهما كل واحد

لغيرها الى هنا كلامه فتبصر قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما يعني ان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط اقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله في يد الغائب او الصغير او كان شيء منه زائدا على حصة الغائب او الصغير من الميراث في يد احدهما واما فيما اذا كان في يد احدهما من العقار شيء يساوي قدر حصته ذلك من الميراث او يصير اقل منها فلا يتمشى ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم البقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه فيما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل ان يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر او شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان قوله فصل فيما يقسم وما لا يقسم لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى حقه ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية ان يقال الا يرى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى اقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر بصنيعه ولم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على ان القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المص هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما ما اعرف بشأنهما اما القاضي يعتمد الظاهر انتهى ثم انك اذا تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين اصل ما ذكره في الكتاب اولا وبين ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما الى قوله اما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء وقال صاحب العناية والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاعا ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى اقول تقييد الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر انه اذا كان احد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره الخصاف وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذوي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الى آخره ان يقتصر في بيان اصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر في القسمة قوله وان كانت ارضا وبيتا او دارا وحانوت قسم كل واحد منها على حدة لاختلاف الجنس قال البعض جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان الاجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة وانما وثمة شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب الا هنا كلام صاحب الكافي واوضح اشكاله صاحب العناية ثم اجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه

قال وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر في المختار وقال في اجارات الاصل ان جمعهما منافعا فان دار بالحانوت لا تجوز فهذا يدل على انهما جنسان واحد فيحتمل في المسئلة روايتان وتبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة فصل في كيفية القسمة قال ويبتدئ القاسم بما يقسم يكتبه حصة حصة ويعدله بين يديه على سهام القسمة ويدعو صبيا له اي نفطة بالقسم في عين فيدعو فيقول هذا لفلان وهذا لفلان ثم يقرعهم فمن خرج اسمه اولا دفع اليه حتى يستوفي نصيبه

بذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما يقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه اقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة نفس المجانسة لما تم التوجيه بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله او تبني حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل بقوله او تبني حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتناقضا والمصنف قصده التوفيق بينهما فنشأ منه الاستشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يكون بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التشكيك في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ عرف ادات التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدا الجنس نظرا الى اصل السكنى فيبنى حرمة الربوا عليه ومختلفة نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتامل انتهى اقول ليس ذلك مستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية اصلا لا يصح ان يراد ههنا اما اولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله ان اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربوا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر واما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى اصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد ايضا فبناء على ذلك خالف ابا حنيفة رحمه الله صاحباه ههنا فقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المدار في مسئلتنا ما ذكر لما وافق الامامان ابا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة والتفاتهم في هذه المسئلة مع كونه منفيا من عدم بيان الخلاف فيما في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال اما دار وضيعة او دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فيتبع جواز اصل القسمة الذي هو الموصوف **قوله** والقرعة لتطييب القلوب وازالة تهمة الميل قال الشارح هذا جواب الاستحسان والقياس يأباها لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين المستحق في المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وليس هذا في معنى القمار لان اصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق اصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت ذاك الجانب كان مستقيما الا انه راعاهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا يرى ان يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع اصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم انه هو المقصود ولكن لو القى نفسه في الماء بالنسب الى ما لا يليق بالانبياء كان الكل اشتغل القرعة مع الاخبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه

قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان اراد اهل صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن تحقيق القسمة الا بضرر لا يجوز كما لو كان في الدار بئر لا يمكن قسمته الا بالضرر وهذا لان القسمة مخلصة لاستيفاء الاختلاط فتستأنف لخلاف القسمة حيث لا يفسخ هذه الصورة لان المقصود منه تمييز الحق لا الاختلاط مع بقاء هذا التعلق ثم بقاء هذا التعلق ممكن لا بالطريق ولا بذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة لا يتم الا بجواز القيمة وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف القسمة حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه لا يمكن تحقيق معنى القسمة وهو التمييز الا بالانتقاع بالطريق وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيما نحن فيه لا ضرورة وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فيما عداه لانه يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في دفع الطريق ثم القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق بغير حق نسبة قسم الحاكم من غير طريق ويرفع مجامعهم لتحقق الانتفاع الكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك ودفع طريقا بين جماعة لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار حصة على قدر باب الدار وطريقه لان الحاجة تندفع به والطريق حق كما قيل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا تفيد ولو شرطوا ان يدخل الطريق في الدار تبعا وان كان اصل الدار يقبل القسمة لان القسمة على التفاضل حق مالي قال واذا كان سفل لاعلو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو فهو بين كل واحد منهما نصفان وقسم بالقيمة لا بالقيمة وهذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع

احق بها منهم لكون خالتها عندهم تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزى في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط اقول بين اول كلامهم هذا وآخره تدافع لانهم صرحوا اولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يأبا ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا آخرا ان هذا ليس في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا ورود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على انه ليس مما يأباه القياس اصلا بل هو مما يقتضيه القياس ايضا فتدافعا قوله واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو الخ قال صاحب العناية صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشتركا بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمة الله عليه انتهى وقد اخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند ابي حنيفة ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا يقسم قسمة واحدة اذا لم يكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة انهما كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند ابي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعاونة فيما بينهم وعند ابي حنيفة يجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضى انتهى وقد ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة ايضا فهي الماخذ الاخذ الاصلي اقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية اما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى ولا شك ان المحلة فوق الدار واذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة فاسدة بالاجماع فلان قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع اولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلثة فصول عند ابي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا يقسم عنده قسمة واحدة لا برضى الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت يقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت يقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا يقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك انتهى وبكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت يقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له ان يجمع نصيب احدهما في بيت واحد متصلين كانا او منفصلين ولو كان بينهما منزلان وان كان منفصلين فيهما كالدارين لا يجمع نصيب احدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فيهما كالبيتين له ان يجمع نصيب احدهما في منزل واحد وهذا كله قول ابي حنيفة رحمة الله عليه وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا او منفصلين الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذوي فطنة ان مدلول كل واحد منها ان يقسم البيتان او البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق واما الثاني فلانه ان اريد بالتراضي في قوله او في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيا فيما بينهما على قسمة معينة لزم ان لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين الائمة الثلثة

لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بيتا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رح ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل

على الوجه المفصل في الكتاب حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيف ما كان بلا خلاف من احد الا يرى ان الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم لما عنده ايضا كما صرحوا به قوله وان اريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة المعادلة فان كان مذهب ابي حنيفة ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر ان وجه عدم امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور فاذا لم يكن التعديل فيها فكيف يجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسألة في الصورتين فتامل **قوله** لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بيتا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة اقول كان الظاهر في التعليل عن قبل محمد ان يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح تارة لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر استنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو مطلقا كما هو مذهب ابي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو اخرى فانه ينافي القسمة بالذرع اصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سياتي ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد وبالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد **قوله** قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بان معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى انتهى اقول في ادائل تحريره خلل حيث قال او العكس من ذلك ولا يخفى ان عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب احد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال ابو حنيفة واستوائهما كما قال به ابو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى وقد درر صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى فاصاب المعنى افادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى **قوله** وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمدعى التسوية في السكنى لا في المرافق الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة وهو غير ظاهر انتهى اقول ليس ذلك بسديد اما اولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ان المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده هنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى في العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى ايضا

في كيفية القسمة عند ابي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في ان يراعى في كيفية القسمة بالذراع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذراع فان نفس القسمة بالذراع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط او العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول ابي حنيفة وابي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول ابي حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تاثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على ان قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة كما ترى **قوله** ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى اقول حق التحرير ان يقال ان اصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر للفطن المتدبر للمقام **قوله** والسفل المجرد ستة وثلثون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى اقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان علوه مثل نصف سفله ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد اي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله اي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه اصلا نعم حق البيان ان يوخذ قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى ان تقع وان لا تقع آخر ذكرهما هنا قال صاحب العناية آخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وانفسخ القسمة ان لم يكن دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي او بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء انتهى اقول ذلك مندفع فان الظاهر القسمة في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما سيجيء فلا يرد به النقض على شيء من القسمين المذكورين في الاصل المزبور **قوله** فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزعمهم فاذا انكروا استحلفوا الرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر انه كذب في اقراره مع انه لا تحليف عليه عند ابي حنيفة ومحمد انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ قد يقرر في كتاب الاقرار ان حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسبة الولادة ونحوه ولكن يرد الاقرار يرد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ اصلا فاذا يقرر ذلك فادعى المقر انه كذب في اقراره ان كان بعده تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكروا ههنا على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكروا ههنا ايضا على ذلك فانه يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر له في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه ان يقال فاذا انكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا انكر ذلك كان مصدقا له في اقراره لان الانكار كذب في اقراره فيقضي

قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت

بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلم الي ولم يشهد

على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار

نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن

ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود الترافق الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل

تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند ابي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تامل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم اقول لكن بقي فيما ذكروا شيء وهو ان قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار واما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه ابو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو اقروا وجوب استحلافهم اذا انكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم باوله كما لا يخفى على الفطن **قوله** قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تامل حق التامل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مبنى هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا يسمع المبنية لا بناء على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي ان يتحالفا اقول يمكن ان يقال انه ليس بمانع صحة الدعوى ولا ينبغي ان يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال واما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف ان يدعي احد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف ان يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق واما اذا سبق لا يسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف امر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية ايضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حق من قبل كما لا يخفى على المتامل **قوله** لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم اقول فيه بحث وهو ان ما يقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو ان التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان احد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البدل بما قاله واحدهما ينكر فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا يقرر ذلك فيما نحن فيه احد الشريكين قابض بعينه فانه ذو اليد ولا يدعي على الآخر شيئا وانما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده وكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المزبور ههنا لا بطريق

دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بينة في يد الآخر انه منها اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة
البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد
وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحد وهو اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي
في يد صاحبه لما بينا وان اقامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع **فصل**

قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رح ورجع بحصة ذلك في
نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رح تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض
بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما اما في استحقاق بعض
معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه وكذا ذكر قول محمد رح وذكر ابو سليمان
عن ابي يوسف رح وابو حفص عن ابي حنيفة رح وهو الاصح لابي يوسف رح ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما

القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم ان ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا يطرد لان
النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى
الافراز ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية والتساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فلا يتأمل في الدفع **قوله** ولو اقتسما
دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بينة في يد الآخر انه منها اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا قال في العناية قوله لما قلنا اشارة
الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعي يدعي
معين وهو البيت فاذا اقر دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى اقول الظاهر ان المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها
فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن اصلها والاستيناف بقسمة اخرى
حتى ينافي ما سيجيء في الفصل الاول من انه اذا استحق بعض معين من نصيب احدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول
فيما نحن فيه اذ لو رد دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق **قوله** قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في
الاسرار اي قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما وهكذا ذكر الاختلاف
في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من غير تعيين
وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى اقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا ايضا والمطابق
للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه
ايضا نظر فان قول القدوري فاذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه وليس نص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض
فيكون تقريرا كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة
سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المص فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على احد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض
كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة مبهما فلا يعلم ان المراد به البعض المعين او الشائع فيختل وضع المسئلة وايضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب
احدهما كان لمجرد التاكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام واما اذا كان متعلقا ببعض يكون تتميما مفيدا للمراد مزيلا للابهام فاني هذا من ذلك على
ان الاصل في امثال هذا التركيب تعلق المقيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين ان كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف
وقد تقرر في علم الاصول ان الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على احد معنى القطعي وهو ما لم يقطع الاحتمال الناشي عن دليل لا ان التفاوت بينهما اي بين
الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه **قوله** لابي يوسف ان باستحقاق
بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اعني قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان

القسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو ايفاء الجزء مضمومة
في نصيب الآخر شائعا جاز كما في المعين وكما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا
بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما له من المقدم وللآخر المؤخر جاز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه
لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقبضهما
سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما انشاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وانشاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع
بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع
بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرناه سقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة
تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة
دين محيط رجعت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة
الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو اداه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال

موضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى ويأخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين
الاسبيجابي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة
عند ابي حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى واورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة
الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله ولو ابراه الغرماء انتهى
اقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك ان القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضى الغائب الا يرى الى ما مر في الكتاب في اوائل
كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين
ونصب للغائب وكيلا يطلب نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضى الغائب لما سامح القاضي القسمة في تلك الصورة بحجر طلب الحاضرين ثم
ان قوله على ما يجيء في شرح قوله ولو ابرأ الغرماء ليس بحوالة تراحة اذ لا شك في شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث
او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة
فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث او الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة بالكلية
بحيث يحتاج الى الاستيناف كما هو قول ابي يوسف فيما نحن فيه او المراد انتقاضها بالكلية ايضا لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء
القاضي اذ لا ينقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث او الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال لو وجب نقض القسمة
بعد وجودها انواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء دينهم ولا مال للميت سواه ولا قضاء الورثة من مال انفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان
الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شيء قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثم وارث
غائب فينقض فكذا هذا وقال هذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم
عند غيبة احد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث فيما اذا قسموا
ثم ظهر ان ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض اورد ايضا على قول
صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا باعتبار
فيها الدار ولهذا لو كان بالغين الفاحش في احد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح
عند ابي حنيفة اصلا الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد لصدد بيان وضع هذه
المسئلة كما ذكرنا من قبل ظاهر من اصل ابي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول ابي حنيفة وغيره
كما يقتضيه تصويره المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمة الله عليه يدل على ان وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي
فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي ايضا ان اراد به انها معتبرة عند ابي حنيفة في صورة القضاء ايضا فليس كذلك وان اراد به

ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة

انها معتبرة في صورة القضاء ايضا عند غير ابي حنيفة فلا يجري شيئا فان عدم اعتبارها عند ابي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها اكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين تفسخ على ما مر الكنز في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في ان يكون قيمة احد الطرفين اكثر من قيمة الآخر بل قد تحقق الغبن يكون غبن احد الطرفين اكثر من غبن الآخر من جهة الوزن او الكيل او الذرع او العدد مما يليق بجنس المقسوم فابو حنيفة يعتبر في عين القسمة بالقيمة او التفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في الغبن بان يقال ان لقيمها مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون شاة واصاب الآخر خمس واربعون شاة فادعى صاحب الاول كل الغبن الى آخر المسئلة **قوله** ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فليكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى اقول في الجواب بحث لانه اذا اثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث اصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهة حيث رضي بها اولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال انت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف يسمع البينة والاولى ان يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز ان يظهر له مال آخر او يوديه سائر الورثة من مالهم فليتامل انتهى كلامه اقول وانت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فقال جوابه منع استلزامها ذلك كما اشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من ان لزوم السعي في نقض ما تم من جهته امر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي يلزم تمام القسمة من حيث اصل الاستحقاق وذلك لا يدفع للسؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى ان يجاب بمنع استلزامها لجواز ان يظهر له مال آخر ويوديه سائر الورثة من مالهم فمما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال اخر ولم يوده سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما بقي الدين او اداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا

فصل في المهاياة لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وآخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان اصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهاياة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمنهي للشيء وابدال الهمزة الثانية فيها والتهايؤ التفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كل منهم يرضى بحالة واحدة ويختار ما يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح **قوله** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه قال الشراح والقياس يابى جوازها لانها مبادلة

لان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا
لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب
احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم
ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا
سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت
المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اقول فيه شيء وهو ان ما ذكره وان وجها بالقياس
جوازها انما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع احدهما بعين واحدة وينتفع الآخر به مدة اخرى لا في صورة التهايؤ من حيث المكان
كما اذا تهايئا في دار على ان يسكن احدهما ناحية منها والآخر ناحية اخرى منها فان التهايؤ في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط
فيه التأقيت سيجيء في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق امرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا من بيانه
لا يفي بذلك كما ترى **قوله** الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب اقول في كلية هذا التعليل
نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسيأتي ذلك في الكتاب ايضا والجمع على التعاقب انما هو في التهايؤ
من حيث الزمان واما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما سيحققه نعم ان القسمة في الاعيان اقوى بالاريب من حيث التأقيت
الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الاولى من حيث الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب **قوله** والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع
الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا ايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط
التأقيت كذا في الشروح اقول للقائل ان يقول ان اريد انه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة
فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من كل وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز ان يكون افرازا من وجه
من وجه بان يكون افرازا لنصيب كل واحد منهما من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الآخر
في الناحية التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة انها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يقع لاحدهما
كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما
في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه مبادلة
من وجه قال صاحب العناية في تعليل قول المص والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت وجميع
بعد ان كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام اقول فيه نظر لان جمع المنافع
الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما يقرر في محله فكيف يتصور القاضي من جمعها فالمراد
المراد ان القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد ان القاضي يوجب جمعها لتكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما اشار اليه
المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت تمت اشتراط التأقيت فيه ليس باصعب من اعتبار المحال تحقيقا حتى يتكلف الباقي الى الاولى في الاولى
اعتبار المحال تحقيقا ليس باولى واسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة هنا للضرورة حتى يتكلف الاول دون الثاني وترك كثير من الشروط
لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع الا يرى الى ما ذكروا فيما مر القاضي ان القياس يأبى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها
وهي لا تجوز عندنا على ما يقرر في كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على ان ابعد اشتراط التأقيت فيه على تقدير

[illegible]

عدم اعتبار جميع الانصباء في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك ان لو كان التهايؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه واما اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التقابض فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل **قوله** وكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في التقاضي ولم يشترط حدوث المنافع على ملكه قال تاج الشريعة فان قلت المانع في العارية يحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز ان يسترد المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى اقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا ايضا متحقق اذ قد مر في الكتاب انه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة لقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة ابلغ فمع احتمال ان يطلب الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة **قوله** ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا قال صاحب العناية ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان مسلما انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه ان اراد انه علم من عطفه على صورة الافراز انه ايضا افراز بناء على ان المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى ان كثيرا من مسائل الفقه المتباينة الاحكام يعطف بعضها على بعض على ان التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من مبادلة المسائل الآتية بيان الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان اراد انه قد علم من عطفه على صورة الافراز انه ليس بافراز فيها على لزوم التفاوت بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح ايضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز او المبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له اصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كان المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة وان طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمه الاصل اجبر عليها وقيل يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانما يحرم ربوا النسا والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا العوض مربوا النسا ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى اقول هذا الذي ذكره ماخوذ من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو انه قد مر في كتاب الاجارات ان اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النسا عندنا فصار كبيع القفيز بالقفيزين فيتقابل المصنف هناك واليه اشار محمد رحمة الله عليه فلو كان ربوا النسا عند وجود احد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلال الحنفية في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربوا النسا ثم لنا فيه وجه آخر على عدم صحة ذلك لما مر الشافعي في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء فاطبة حتى اشار اليه محمد رحمة الله عليه

ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرقان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبروهما وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمنع الجواز

وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف في الدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى اقول وهذا ايضا ماخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث ايضا اما اولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل ان التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التساقيت ولا يخفى ان التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان ينتفع احد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بان المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة واما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا ان يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل ان يتهايئا على ان يسكن احدهما الدور وينخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا اسيما مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي واما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة ان قسمة الاعيان مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال الا ان ذلك الغير ان كان من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا ان يقال المراد بما ذكره ههنا ان قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه لا انه مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتامل قوله ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى اقول لقائل ان يقول مقتضى هذا الوجه ان لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذ الظاهر ان منافعه التي هي اعماله لا يكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع ان التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بان التهايؤ في العبد على الخدمة انما جوز ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها اعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا وسيجيء في الكتاب تحرير هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمنع الجواز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية اقول في الجواب نظر اذ قد مر في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال ان الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم ان يقل التفاوت في الغلة ايضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في ان جماعة من الشراح

والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بينا في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فتمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه

ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين عن قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه اصلا تدبر **قوله** والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل ان يقول علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما يتفاوت وعلله هنا بالضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة بذا التعليل لان علة الجواز بتعذر القسمة وقلت التفاوت جميعا لان كل واحد منهما علة مستقلة الى هنا كلامه اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا توارد هما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول اذ لا يخفى ان المقصود من ايراد العلل المتعددة في امثال هذا المقام هو التنبيه على ان كل واحدة منها تصلح الافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصولة الى المطلوب ليسلك الطالب اي طريق شاء واما الثاني فلان الظاهر من تعليل المص باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين ان يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم ان لا يفيد شيء منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على ان استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين اما قلة التفاوت فلان التعليل في حكم العدم في عامة احكام الشرع واما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعري ذا الصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائر ذلك من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فيحمل كل واحد منها جزء العلة لا علة مستقلة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح **قوله** قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى اقول يرد على ظاهره ان المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع ايضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من انه انما قيد بالثلث والربع مع انه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث وبالربع وانما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية ان المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالاطلاق لا مقابلة التنفيذ والتقييد يعني انه قيد بالثلث والربع ولم يطلق بالقيد عن الكلية لا انه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى **قوله** ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر منعقد شركة بينهما في الربح وهنا كذلك انتهى اقول لم يجز في المضاربة ان يكون المال والعمل من احد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جاز لما سيأتي في الكتاب انه اذا كانت الارض لواحد

لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض
ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان
خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكرب بها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة
فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبل فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه
نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في
الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شرط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون
ربّ الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة
هي المعيار لها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله
لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي ربّ الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض
يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه يعقد شركة في الاهل فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما

والعمل والبقر والبذر لو احد جازت المزارعة ولا شك ان البذر مال بل البقر ايضا مال وقد اجتمع مع العمل في احد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة
مطلقا بالمضاربة قال قوله لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه اتى الزوائد على تاويل الزائد انتهى وهو
هذا التعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسلم ان يحمل الضمير في قوله لانه على الشان كما لا يخفى قوله ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج
مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سلف في باب العشر والخراج ان ارض العرب كلها ارض عشر فان خيبر من ارض
العرب ممنوع كيف وقد يقرر في الباب المذكور ايضا ان ارض العرب لا يقرها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف
وقد اقر النبي عليه السلام اهل خيبر على ارضهم على الكفر وذكروا واحد ارض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور فمن ايقن ذلك في موضعه لعله يحكم بان
خيبر ليست من ارض العرب قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض عن غصب بذر فزرعه فان الزرع
له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره
فجعل العمل مضافا الى الآمر كذا في العناية وغيرها اقول النقض غير وارد اصلا والجواب غير دافع لما ذكرنا اما الاول فلان الزرع في الصورة المذكورة ليس
نماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بامثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه
ان البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه واما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق
بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون احدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بامر غيره والكلام في الاول
دون الثاني فلا يتم التقريب قوله الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
اقول لقائل ان يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملي والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على
ما عرف في علم الاصول فبقي تمسك ابي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه
فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن ان يقال لهما ان يدفعا ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرطا في عقد المزارعة شرطا مفسدا او قد
روي انهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل
التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات مستور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او يحملها على ما اذا شرطا شرطا
مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه قوله والخامس بيان
نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما اقول يشكل ان بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فجعل بيان نصيب من
لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كثير طائل فتامل قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه يعقد شركة في الاهل فما يقطع الشركة
كان مفسدا للعقد قال كثير من الشراح لانه اذا شرط بقاء الشركة في الخارج بقي اجارة مختصة والقياس يأبى جواز الاجارة المختصة باجر معدوم انتهى اقول فيه شيء وهو ان القياس

قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة

لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر

لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض

لنا بانى قياس الاجارة المحضة باجر معدوم بانى جوازها باجر موجود ارضا اوقد تقرر فى كتاب الاجارة ان القياس يابى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذى هو المنفعة غير موجودة فى الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بجوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر ان يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم اقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هولاء الشراح فانهم علموا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة فى الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة فى الابتداء فمراده ان عقد المزارعة شركة فى الانتهاء وان كان اجارة فى الابتداء فكذا معنى الشركة معتبر فى انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفى المعنى المعتبر فى انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة قوله وهى عندهما على اربعة اوجه واعلم ان مسائل المزارعة فى الجواز والفساد مبنية على اصل وهى ان المزارعة ينعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه فى الارض والعامل لورود الشرع به فيهما اما فى الارض فاثر عبد الله بن عمر رضى الله عنه وتعامل الناس وهما فى العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به فى البذر والبقر فاخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض او العامل ببعض الخارج لكونه مورد الشرع وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن احدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع فى غيرهما وهذا هو الاصل الذى يدور عليه مسائل المزارعة كذا فى الشروح واشار اليه فى الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرفت هذا فالكلام علينا فى تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار بجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثانى والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشراف اذا الاصل يجوز ان يتبع للاخس والفرع الى هنا كلامه اقول فيه خلل لانه جوز فى الوجه الاول ان يجعل العامل مستاجرا للارض وان يجعل رب الارض مستاجرا للعامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد ان يكون المستاجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله فى هذا الوجه وقد تقرر فيما مر فى الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما ان البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستاجر هو رب الارض وانما يصح ان يكون العامل مستاجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف فى تعليل جواز المزارعة فى الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستاجر فى هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط

والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طبيبا ليطبب بجرة وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في بطنها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقلب بها العمل وكل ذلك بخلق الله تعالى فلم تجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها فجاز في جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يشترك بين البذر والعمل وما يؤديه الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر تابعا له بالقيمة باتفاق الروايتين قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا ان يكون الخارج شائعا بينهما حقيقة لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يزرع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رأس الخارج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بعد ذلك واذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رأس العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال كذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معا لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وقيل هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولآخر ما يخرج من ناحية اخرى

قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه استيجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استيجار الارض ببعض من الخارج استيجار ببعض مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل ابي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استيجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس ايضا لكونها استيجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استيجارا منفعة الارض او العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه ان يقال لانه استيجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل قال صاحب العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض لتجانس وضعف جهة البقر معها فكان استيجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين ان يكون رب الارض فيه مستأجرا والعامل اجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استيجار البذر اصالة واذا تعين ان يكون هذه الصورة من قبيل استيجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استيجار البذر سواء استتبعه الارض ام لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط واما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استيجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا ان البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستأجرا للآخر فالوجه في الجواز ان يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استيجارا للعامل لا لغيره اصلا فكان صحيحا قطعا واما اذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استيجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاولى لعدم التجانس كما في وجه ظاهر الرواية وكان باطلا لعدم ورود الشرع باستيجار البقر اصالة ببعض من الخارج فتدبر **قوله** وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الى آخره قال صاحب العناية وثمة وجه آخر لم يذكره جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر اقول الظاهر ان الكلام في القدر الجاري بين الاثنين والا فثمة وجوه آخر لم يذكرها ولا احد غيرهما وهي ان يشترك ثلثة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر او على ان يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلثة وكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه اصلا والاولى ههنا ان يقال وثمة وجه آخر لم يذكره جميعا وهو ان يكون البقر لاحدهما والباقي الثلثة للآخر كما اشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد

رسول الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صاحب الارض ولجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل دربها كل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم دربها لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل انتهى كلامه اقول توجيه المروى عن النبى عليه الصلوة والسلام بما ذكره محل كلام اما اولا فلان كون معنى قوله الغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج مما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل دربها لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل ايضا شيئا من الخارج بل جعل لكل واحد منهما اجرا كما صرح به الراوى فكيف يحسن مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذى ذكره اللهم الا ان يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة اجبرته بخصوص ما جعله لصاحب العمل

قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن **اقول** فى هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب ايضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبنى عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى فى تعليل هذه المسئلة ان يقال لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قال فى تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها وكان صاحب الكافى تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذى ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسلكين فى تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب او شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة فى الحب وهو المقصود انتهى **قوله** واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل **اقول** عبارة الكتاب هنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما يكون استيجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك يكون استيجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على ان الحكم فى الثانية على خلاف الحكم فى الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه فكان الظاهر ان يقال وان لم يخرج الارض شيئا فلا شئ لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شئ للعامل بقوله لانه لا يستحقه شركة ولا شركة فى غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى لا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل فى صورة استيجار الارض ايضا فهم منه حكم هذه الصورة ايضا فاكتفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدورى والمواخذة بقصورها فى افادة تمام المراد انما ترد على القدورى فالتعليل الذى ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه فى صورة استيجار الارض الا يرى ان عامة الشراح ذكروا ان قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استاجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستاجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجابوا عنه بان الاجر هنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه وللاجرة الغين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شئ آخر فكذا هنا انتهى ولا يذهب عليك ان هذا الجواب لا يتمشى فى صورة استيجار الارض فان رب الارض لا يقبض البذر الذى يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه

قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يؤجر استرضاء العامل لانه غره في ذلك

قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان مع فعيا ثلث سنين فلما انت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل مقابل ما عمل كما بينه الشاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين قادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار لشيء لان المانع انما تقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ومن وجه القاضي من الدين كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لاجل هذا الدين جزاء النظر قال واذا انتقضت المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه واما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ايقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يتحقق العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه ولم يرد القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقوله لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان يأخذه بقوله قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته

تتميم لتعليل المذكور في جهة بالشكل الصورة فتعين القصور تامل **قوله** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان المالك بتجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قوبه بخبر من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر ان البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين ان يكون المستاجر هو رب الارض والمفروض في مسئلتنا ان يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه **قوله** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة هذا جواب القياس واما الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك في العناية واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما بنت الارض او لم تنبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان ولما بنت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة انتهى اقول فيه بحث لان ما ذكر في اول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرح به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك ان مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولا ريب ان دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان ايضا وعن هذا اختلف المشائخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد المزارعة قبل النبات هل يبقى المزارعة ففيه اختلاف المشائخ انتهى **قوله** واذا فسخت المزارعة بدين قادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي او الى الرضى ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا لبعض مشائخنا المتاخرين اخذوا برواية الزيادات وبعضهم اخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختيار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضا لانها في معنى الاجارة على رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى اقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى انه اختار رواية الزيادات ان لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء او الرضا وكان المص قد اختار هناك صريحا رواية افتقار الفسخ الى احدهما ولم يكن شيء منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القدوري فسخ القاضي اشارة الى انه يقتصر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه ذكر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فتامل **قوله** وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار لشيء قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلث ذكر في الكتاب الصورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه

لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض يخير بين هذه الخيارات لان لكل ذلك مستند الضرر ولو ملأ المزارع بعد بنات الزرع فقالت وتسلم نحن نعمل الى ان تستحصد الزرع وابى رب الارض فليس ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهما على الاول اتفقنا العقد نظرا لهم فان اراد واقلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلثة لما بينا **قال** كذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطا في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس مختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد بتناهي بتناهي الزرع محصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما لا عقد فيجب قسمته عليهما واذا شرطا في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما تفسد العقد كشرط الحمل او الضحى على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله يجوز اذا شرط ذلك على العامل لتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بينا وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع بعدم العرف فيه ولو اراد اقتصر الحصيد او جذ الثمر بالتقاط او الرطب ذلك عليهما لانهما انما العقد لاجل ما على الحصد والجداد بسر اقصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا

لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ ابو بكر البلخي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ ابو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك الا يرى ان الاب والوصي يملكان زراعة ارض الصبي وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المص الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم قال له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة الارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله وكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى اقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني تتصور دخول احدهما في الاخرى وان اراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لانه لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن اين يعلم ان حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ او كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والاوجه عندي ان المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تاسيا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى **قوله** لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتصور به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ان رب الارض ايضا ليس متعنتا في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من المنفعة على تقدير لا يفاوز بما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتامل

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع ان يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة

والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الريع دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والتقويل في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا بين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لا يدرك كل وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا فقد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها امس فقدمت ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة انتهى اقول في تقريره نوع خلل فانه قال في اوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف اصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان ابا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال ابو حنيفة المساقاة يجوز من الثمن باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة ان يقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة اقول فيه ايضا شيء وهو ان قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة ايضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة اهل خيبر وعن هذا قال المصنف في اوائل كتاب المزارعة وهي يعني المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع انتهى وكان كلامن فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما اخل به الآخر كما ترى **قوله** والمساقاة هي المعاملة قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهو معاقدة دفع الاشجار والكروم على من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي اعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ الظاهر ان المراد بالمعاملة في قوله والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة هو المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بلغة اهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي اعم من مفهومها الشرعي والا يلزم ان لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة اذ لا شك ان اهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك المراد ايضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة فلا يتصور ان يكون مفهومها اللغوي اعم من الشرعي كما لا يخفى **قوله** والكلام فيها كالكلام في المزارعة قال في العناية يعني شرائطها في الشرائط التي ذكرت في المزارعة انتهى اقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة اربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وفي النهاية وغيرها ايضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في اوائل المزارعة وكيف يتم القول بان شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلحه في الجملة حيث قال اي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة ان الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا الى آخره فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة اصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة

بيان شروط المساقاة كما ذكره بين بيان الاقوال الثلثة المذكورة انبيا كما لا يذهب على ذوى فطانة قوله لانها تنمو ما تركت في الارض فجهالة المدة
قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا اشترط القيام عليها حتى يذهب اصولها لانه لانهاية
لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان كون قوله لانها تنمو ما تركت في الارض دليل الرطبة وحدها ممنوع
بل يمكن ان يجعل دليلا على المجموع بجريانه في المجموع كيف ولا شك ان اصل الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغي
ان يعم دليل ذلك الدليل ايضا للمجموع عند امكان ذلك واما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا اشترط
القيام عليها حتى يذهب اصولها ليس بتام اما على النسخة الاولى التي معناها لانه لانهاية لذلك اي لبيان ذهاب اصولها فكان انتهاء المدة بتأويل
الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق دليل تينك الصورتين ايضا ولا يتم عذر العدم ذكر دليلهما كما هو المقصود واما على النسخة الثانية
التي معناها لانه لانهاية لذلك فكان معلوما اي كان دليل تينك الصورتين معلوما لظهور انفعاد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلا يرد
عليه ان لا يقتضي انه لا يذكر دليل الرطبة ايضا لان حاصل ذلك الدليل ايضا جهالة المدة فينبغي ان لا يذكر ذلك ايضا بناء على كونه معلوما
فتامل قوله ولو التزم العامل الضرر يخير ورثة الآخرين ان يقيموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على
البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا عليه
بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل فكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي او لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي
الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ
معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما انفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى اقول ما ذكره ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في
هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاؤا انفقوا على البسر حتى
يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمن كما في المزارعة انتهى ولا شك انها صريحة في ان ما يرجعون به نصف نفقتهم لا جميعها فافهم
الحمل على خلاف ذلك قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان
في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذرا انتهى اقول
في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدي
الى كون الشيء ظرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسألة وهي قوله هل يكون
عذرا فيه روايتان احدهما بالايجاب وهو ان يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو ان لا يكون عذرا فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن قوله وتاويل
احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته اقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض
او نحو ذلك واما اذا ترك بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون بسبب عذر

وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيها يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتامل **قوله** وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما لشجر الغراس بل يكون تسليما لقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي ثابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى اثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكن تسليما لقطعة خشب حديث قال فيه بحث اذ لا تسليم حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى اقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لا محالة بل يكون تسليما لقطعة خشبة كما قاله هولاء الشراح نعم ان قولهم كان الشرط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغارس الشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون الشرط ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد **قوله** وفي تخريجها وجه آخر بيناه في كفاية المنتهى يعني وفي تخرج هذه المسئلة طريق آخر اي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه اي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شرط رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لا لاعتبار معنى الاستيجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى اقول يرد على الصورة الثانية ما ذكروه وهي قولهم او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج انها لا تصلح لان يكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتصور المناصفة في الشجر فتامل

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان المزارعة انما تكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى اقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا ان يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في اكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوا بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها و

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وكان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الجلود وغيره فانه ما نبتي عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا اية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطها ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى

اختصاصها باحكامها بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة الا يرى انهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع انه من انواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهو اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم ان بعض المعتزلين من مشائخنا ذهبوا الى ان الذبح محظور اعتقالما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع احله قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل بعثته ولا يظن به ان كان ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فصرفنا انه كان يذبح ويعطا ونفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبائح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعته فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالمجامعة للاطفال وتداويهم بما فيه الم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر اما الاول فلا يحتاج الى دليل على انه كان يذبح بنفسه قبل البعثة واما الثاني فكذلك يحتاج الى دليل على انه كان ياكل من ذبائح اهل الكتاب فلم لا يجوز انه لم يكن اكل شيئا من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة امر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على انه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة ان لا يظن به عليه السلام انه كان ياكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز انه كان ياكل ذبائح اهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل لنظره اصلا

قوله قال الزكوة شرط حل الذبيحة قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في اول المسئلة كان يشير فيه الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وهنا لم تقع الاشارة الى احدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي ان لا يورد لفظ قال او يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه ان اراد به انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فاذا ذكرها في اول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان اراد بذلك انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو واقع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة او قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دربة باساليب كلام المصنف فشارح العيني مكابر فيما ذكره هنا قوله لقوله تعالى الا ما ذكيتم فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المزكى فيكون

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا

قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى اقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الزكوة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اعني بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندي ايضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر انه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف الا يرى ان ما قبله اول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود احلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وانتم حرم ولا شك ان الخطابات الواقعة هناك للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم الا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة ايضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه ايضا فلا نسلم انه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول ان التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وان قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وان الذي لا يكون قطعيا انما هو العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الا ما ذكيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ايضا ان الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات واما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الا ما ذكيتم على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم بان يقال ايضا انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي ان يضم اليه ايضا دليل آخر واما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم ان يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا ان يدعى ان الدليل الثاني اذا افاد حل ذبيحة الكتابي اذا دخل ذبيحة المسلم ايضا دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل الكتاب بالذكر فائدة اذ قد يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل اكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه بل مرادهم

والاقلف والمختون سنن لهما ذكرناه واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والغربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله
عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه
لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذ يتحول الى عبادة يقر عليه عند الذمي فيجبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد
الملة قال والمحرم يذبح الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبحه في الحرم من الصيد ولا اطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذابح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان
الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع حرام فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ المحرم لا يؤمر بالشاة
وكل لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي يؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في
الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول للشافعي خالف الاجماع
فانه لا خلاف فيما كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن
مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا
لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجوازه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا
لحل الذبيحة لسقطت بالنسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية فهي محرمة
والاجماع هو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

كما تادى عليه كلامهم انه لو لم يحمل على ذلك لحصل تخصيص اهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك
ان الاستدلال بهذا الوجه يتمشى على اصل من لا يقول بمفهوم المخالفة ايضا اذ لا يرضى احد بخلو كلام الله عن الفائدة **قوله** والاقلف والمختون
سواء لما ذكرنا اختلف المشايخ في تعيين كلام المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله
تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته
في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده ايضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله ايضا وهذا ليس مذكورا
في الكتاب اقول يمكن ان يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا انه مذكور فيه ضمنا حيث قال
فيما مر ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به تميز الدم
النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثل ذلك انتهى اقول فيه نظر لان قوله ولان به تميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الزكوة شرطا
حل الذبيحة ولا يدل على ان الاهل الذبح من هو كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد ايضا مع ان احدا منهم
ليس باهل الذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح ان يجعل اشارة الى ما لا دلالة
فيه على ذلك اصلا وهو قوله ولان به تميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم اقول هذا احتمال اخر اقرب مما ذكروا وهو ان يكون قوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امراة فانه قد علم من ذلك ان مدار حل الذبيحة ان يكون
الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى ان الاقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم **قوله** وان
ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال
صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان او اضطراريا عامدا او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز و
مالك بشمول العدم وعلمونا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا يؤكل وان تركها ناسيا اكل انتهى اقول كانه حسب انه اتى في شرح هذا المحل
بكلام مجمل جامع الاقسام المسئلة كلها لكنه اخل بحق التمام في تحريره هذا اما اولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري
كما يقتضيه قوله اختياريا كان او اضطراريا لانهم صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما يشترط في الزكوة الاختيارية واما في الاضطرارية فيشترط
كون التسمية عند الارسال والرمي لا غير ويجيء ذلك في الكتاب ايضا واما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور ايضا فيما بعد وعلى هذا
الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر
ان القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس عليه **قوله**
لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم اقول فيه ان دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابي في
ترك التسمية سواء كما مر انفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده **قوله** ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه

وما لك رح يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو
اريد به لجرت المحاجة ولهم الانقياد وارتفع الخلاف في صدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية
في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط
عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة ووقع
باخرى كل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل **قال** ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان الذكر
موصولا لا معطوفا فانه يكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال والظاهر ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة تم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجوب القران صورة فيتصور
بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله يكره لما ان الحرم الذبيحة لانه اهل به
لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية او قبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل
هذا عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي
لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في احدى الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمة والتسمية
وما اولت الا لسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** والذبح
بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه
مجمع الجري والعروق فيحصل الفعل فيه بازهاق الروح على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام انهر الدم بما شئت

نهي وهو التحريم قال في العناية وجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا
ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام موكد من الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم
يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة
مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان مقتضى قوله ان السلف اجمعوا
على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير ان يكون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه على الاعلى ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري
اصلا لانه ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم ان يدخل
تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع ان حل اكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر عليه اسم الله حال الارسال او الرمي مجمع عليه
بلا ريب واما ثانيا فلان قوله الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل هو غير محتمل للتخصيص فيعم كل
ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى لم يذكر
اسم الله عليه لما كان عامدا او ناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور ايضا فتحقق التنافي بين الكلامين تامل تلقف **قوله** ومالك يحتج
بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه قال في غاية البيان اي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية ولان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان
جميعا لعدم القيد باحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تاكيده
بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى اقول الظاهر مما ذكرنا في هذين الشرحين ان يكون مراد المصنف
بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان الواو في مثله ان يقول لما تلونا
فما معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي ان يكون مراده بقوله ما ذكرنا وقوله ومالك يحتج بظاهر
ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزم ترك عادته لان عادته ان يقول لما تلونا فيما اذا اراد الكتاب وحده وان يقول
لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد هنا مجموعهما اتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا وقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
وحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى **قوله** لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت قال تاج الشريعة الفري القطع
للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة هنا اليق انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والعناية غير ان صاحب الكفاية اتى بتعيين لفظه
واما صاحب العناية فذكر لفظ انسب بدل لفظ اليق وقال ولهذا قال المص بعد هذا الورود الامر لفريه اقول فيما ذكره هو لا والشراح
نظر لان صاحب القاموس عمم الفري والافراء للاصلاح والافساد بلا فرق بينهما حيث قال فرا يفريه شقه فاسدا او صالحا كفراه وافراه
انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكروه اصلا واما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا انه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن ابي عبيد
والفرق بين الافراء والفري انه قطع للافساد وشق كما يفري الاديم والسبع والافراء الفري قطع للاصلاح كما يفري الجزار الاديم انتهى فعلى هذا لا يتم

وهي اسم جمع واقله ثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة
الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبقي امر ما ذكرنا يعتبر مالك ولا يعتبر الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطع اصل الاكثر
وان قطع اكثرها فكذلك عن ابي حنيفة رواية الا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره
والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر
من الاوداج والحلقوم حل ان يؤكل خلافا واختلف الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل به كان يقول ابو يوسف
اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لا انفصال عن غيره ولو ورد الامر
بقربه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم
بخلاف المري فانه مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وفي
ثلث قطعها انه قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحي في اخراج الروح لانه لا يبقى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا اعتبارا بجانب الحرمة قال ويجزئ الذبح بالظفر والسن والعظم اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بل لانه يكره هذا الذبح

قوله فيكون كسر الهمزة هنا هو الاليق اذ لا شك ان الذبح اذا كان من قبيل الافراد دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الانسب ثم ان صاحب المغرب
قال وقد جاء فري بمعنى افري ايضا الا انه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع به فضلا عن ان يكون
اليق والانسب واما قول المصنف فيما بعد في اثناء تعليل قول محمد ولورود الامر فيه فلعله جزء منه على استعمال فري بمعنى افري ايضا كما ذكر في المغرب
ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث او اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا كما ذكر في القاموس
بهذا ينبغي ان يفهم هذا المقام قوله وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري قال
في العناية احتج الشافعي بانه جمع الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري لان
الحيوان لا يعيش بعد قطعهما اقول يرد على هذا الاحتجاج انه لو كان المقصود بها مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمري
اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع احدهما ايضا كما لا يخفى وقد افصح عنه المصنف في تقرير دليل ابي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيى بعد قطع مجرى
النفس او الطعام مع ان الشافعي لم يقل بكفاية قطع احدهما بل شرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المزبور هذا ضعيف لفظا
ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمري اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه
انتهى اقول ما ذكره في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمري بانه جمع الاوداج وما ثمه
الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتها عليهما بل لا بد من بيان
محذور كما لا يخفى قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من
كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل ابي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم
بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما سيجيء من كلام المصنف في تعليل قول ابي حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على
الاستغراق الا انه لا يقتضي ان يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل يجوز ان يتحقق الاستغراق
من جهة واحدة كدلالة اللفظ على قطع الثلثة عبارة وعلى قطع الرابع ايضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك انه يحصل
من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة اعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم قوله

ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب اقول لقائل ان يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب
وكان في الاكتفاء بقطع احدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الزكوة اولى عند ابي حنيفة ايضا بل ينبغي ان يكون الاكتفاء بقطع
احد الودجين اولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما يقرر في كثير من قواعد الفقه مع انه صرح في الشروح وغيرها بان
قطع الجميع اولى عند ابي حنيفة ايضا فتامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمه معهود فينصرف الى
الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى واورد عليه بعض الفضلاء

وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المذبوح ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افرى الاوداج بما شئت قمار وابو محمد على غير المذبوح فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة يحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المذبوح لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الادمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان **قال** ويحد الذبح بالبطشة والمدية وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم وان المذبوح بجامعة لما بينا ونقل محمد رح في الجامع الصغير على انها مميتة لانه وجد فيه نقصا وما يجب فيه نهاية احتياط وذلك فيما قلنا فيكون في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل **قال** ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها **قال** ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وحل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر منه نخاعه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه ولان في جميع ذلك قطع الرأس بآلة تعذب الحيوان بلا فائدة وقد نهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب بعد ذلك لما لم قلنا الكره التنخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الايلام قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته **قال** وان جز الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العرق حل لتحقق الموت بما مضى ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العرق لم توكل لوجود الموت بالسبب الذكاة **قال** وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر وقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل به ذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ولنا ان تحقق العجز في الصيد ظاهر لكونه في البراري والاجام والنادر بل هو غالب في الانس باطلاق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في صحراء فذكاتها العقر لان ندت في الصحراء تحل بالعقر لانها لا تمكن من نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يمتنعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان تردى في المصر فيتحقق العجز والصيال كالنادي لا يقدر على اخذه حتى لو قتله الموصي عليه فهو بريء الذكاة حل **قال** والمستحب في الابل النحر وفي البقر والغنم الذبح فان عكسوا جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجماع العرق فيهما في المذبح ولكراهة مخالفة السنة وهو معنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقول مالك رح انه لا يحل **قال** ومن عرقبة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها بالتغذي فيفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يحل في البيع الواردة على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد ولهما انه متصل في الحيوة حتى يتغذى حيوة بعد موتها وعند ذلك يفرق بالذكاة ولهذا يفرق بجناية الغرة ويعتق باعتاق منفاذ اليه ويقع الوصية له به وهو حيوان من وجه وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يعمل تبعا في حق الصيد لانه سبب حرمة قصدا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يعمل تبعا في البيع تحريا لتحصيل الاكمل بالفضل باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة وله رقيق فصل فيما يحل اكله وما لا يحل اكله وما يحل **قال** ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير

حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك انتهى اقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل هنا على الجنس حتى يمكن ان يورد وعليه ان المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند ارباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما تحت ما نحن فيه ليس افراده حقيقة لان اطلاقه على غير الوجهين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك اي فيما يكون ما تحته من افراده حقيقة فصار حاصل نفي جواب الحمل على الجنس هنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور اصلا **قوله** وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة اقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه في البعض فان المقرر ان الاستثناء داخل في المدعى مع ان الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز اكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه **قوله** ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة اقول فيه بحث لانه ان اراد بقوله انه فعل غير مشروع انه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو اول المسئلة وان اراد ذلك انه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم انه لا يكون ذكوة حينئذ بل هو ايضا اول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكوة يجوز اكل المذبوح به كما افصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره بذا الذبح فلم يخل التعليل المذكور من قبل الشافعي على المطلوب كما ترى **قوله** والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة قال في المغرب النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب بفتح والضم لغتان في الكسر ومن قال هو عرق فقد سماه انما ذلك النخاع بالغا يكون في القفا ومنتخع الشاة اذا ابلغ بالذبح ذلك الموضع فالنخع المبلغ من النخع انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير انه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب ان صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد في الصلب وردبان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وهي شرايين واوتار وما ثمة شيء يسمى بالخيط اصلا الى هنا لفظ العناية اقول الرد والمذكور مردود لان ما ذكره من العظام والاعصاب والعروق انما هو اعضاء مفردة لبدن الحيوان وله اعضاء اخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا اوليا كالعضل او ثانيا كالعين او ثالثا كالوجه ثم الرأس مشتمل على ما بين كله في كتب الطب فان اراد بقوله وما ثمة شيء يسمى بالخيط انه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجدي شيئا اذ لم يقل احد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من ان لا يسمى شيء من تلك الاعضاء بالخيط ان لا يكون النخاع خيطا وان اراد به انه ما في اعضاء بدن الحيوان واجزائه مطلقا شيء يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك ان النخاع من اجزاء وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار يخدر من الدماغ وينشعب منه شعب في الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل لما ذكر احكام الذبائح شرع في تفصيل الماكول منها وغير الماكول اذ المقصود الاصلي من تشريعه

وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير والبهائم ثم لا كل ماله مخلب ناب السبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ وعادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة
بني آدم كما لا يعد شيء من هذه الاوصاف الذميمة الفيهم لا كل في يعتدي عليه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل في رواية يكره والبربوع وابن عرس من السباع
وذو الناب من الهوام وشفاه انهم يأكلان الجيف قال ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب كما يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال ولا بأس بكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف قال ابو حنيفة لا بأس
بأكل العقعق لانه يغالط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره اكل الضبع والضبع والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا ولما روي
ان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا
لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روي خالد بن الوليد رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدى المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة
خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها فيكون الامتنان بالاعلى والنعم ويعتبر بآلاته وآلاته الركوب فيكون اكلها حراما لانه يضرب السهم في الغنيمة ولان ابا قتيلة الجهني اصاب معه عنزا فذبحها

الذبح التوسل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر **قوله** وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول
سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب او ناب قال صاحب غاية البيان وكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ثم قال ولا في هذا
التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يمشي هذا التقرير ولو صحت
تلك الرواية فيمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب انتهى اقول ان قوله لان
قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب ليس بتام لان كونه اقرب انما يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوع الاول وحده
ولا يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوعين اليهما ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه ان يقال بين النوع
الاول بقوله من الطيور وهو يأبى ان يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر
ان يكون كل من البيانين قيد الماقبل به من احد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر
قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ وعادة قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب
من فعل السباع البهائم انتهى اقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف ان يقول والسبع كل مختطف او منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل
مختطف منتهب يشعر اجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى **قوله** وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما
يأكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهي طائر ابقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوف كذا في الصحاح والبغاث طائر ابغث الى الغبرة دون الرخمة
بطي الطيران كذا في الصحاح ايضا مغربا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر اغبر انتهى قال جمهور الشراح هنا البغاث
ما لا يصيد من صغار الصيد وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها اقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب اما اولا فلانه يتناول
ما يؤكل لحمه ايضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في اوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان واما ثانيا فلان كثيرا
مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم ان لا يتم قول
المصنف لانهما يأكلان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به هنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد
من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها
انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح ان يجعل تفسيرا لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر
في الصحاح اولا مغربا الى ابن السكيت وما ذكره في القاموس ايضا تبصر ترشد **قوله** وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال
صاحب معراج الدراية اي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع افراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البقر
يتناول نهيه كل افراده انتهى واقتفى اثره العيني اقول ليس ذلك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك
الحشرات انما هو من قبيل ان يرتب الحكم على فرد من افراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر افراد ذلك الجنس ايضا لا من قبيل ان يرتب الحكم

والتحريم لحم الخنزير الكراهة عنه كراهة تحريم قيل كراهة تنزيه لان الدنى وما ابيت فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس بأكل الارنب لان النبي عليه السلام
اكل منه حين اهدى اليه يا وام اصحابه رضي الله عنهم ولا كل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما يؤكل لحمه صار جلده وجميع الاذى الخنزير
فان الذكاة لا تعمل فيها اما الادمي فلحرمته وكرامته الخنزير لنجاسته اما الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا لانه
بدن الاصل فيها كذبة الحي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت لحم طاهر في الدباغ ويؤيد الحكم مشتبه في الجلد
كالشعر اولى في اللحم في نعم الحي حياة في الشرع فلا بد من الدباغ ولحم يطهر لحم يطهر شعره حتى في قعر الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل
وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالبا لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال وما يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك رح وجماعة من اهل العلم
بالحلال جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي رح انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع ولهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر
من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدم حي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن وزغ يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول
على الاصطياد وهو مباح فلا يعارض الميتة المذكورة فما روي محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك العموم عليه السلام احلت لنا ميتتان والدمان اما الميتتان فالسمك والجراد
وبدأ الانسان بالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر وسوقه بالحل بالحديث ولنا ما روي جابر
رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما قذفه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك وميتة البحر ما قذفه البحر
ليكن موته فيه اما ان الجراد مات فيه من غير آفة قال ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ رأسه ويتبع
لانه صيد البر ولو ذبح يحل لحمه بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائر ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض فيجد
الميت وغيره فقال كل فكله ومداعه من فسلته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي
ثم الاصل في السمك عنه انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وان مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنصيص عليه فروع كثيرة بينا في كفاية المنتهى وعند الشافعي
يقف المبتر عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لابقوته بآفة وما ابين من الحي ان كان ميتا فميتته حلال وفي الملتقى بالخبز البر ايتان الله اعلم بالصواب

كتاب الاضحية

شيء الجنس فيجب ذلك الحكم على جميع افراد ذلك الجنس كما توهم وانك الشارحان فالظاهر ان مراد المصنف هو انه انما كره الحشرات كلها لان الغضب منها وقد ورد في الكتاب
اكله النص فيستدل بكراهته اكله على كراهة اكل سائر الحشرات ايضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم اقول البيت شعري لم وقع الحرص في هذا الضيق والتشبث
في اثباته كراهة اكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر ان الحشرات كلها من الخبائث والا لاستدعى الاستدلال بكراهة الغضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه
قوله ثم قيل الكراهة هذه كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح قال صاحب العناية في تعليل كون الاول اصح لانه روي ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة رحمه الله اذا قال في شيء
اكره فما رأيك فيه قال التحريم انتهى اقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول اصح ان لو كان الروي عن ابي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسألة منحصرا في لفظ اكره فكان بعضهم
التحريم ولم يفهم حاصل التنزيه وليس كذلك بل المروي عنه في هذه المسألة ايضا بالاضحية الكلب ايضا من قال بكراهة التنزيه فيما اكره به انه من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف الفريقين
لاختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه ايضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور ومبنى اختلاف المشايخ
في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه وعن بعض الفضلاء في لحم الخيل فاما انا فلا ينبغي اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي
عنه انه قال اكره وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف تأمل قوله لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل اقول الظاهر ان ضميره
راجع الى جميع من خالفنا في هذه المسألة على التفصيل المار اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل المختار ان التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا
يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما مر ذلك ايضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل قوله والاية
البحر موصوفة بالحل للحديث اقول لا يذهب على الفطن ان هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى ذلك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك
الحديث ايضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى كلام المصنف بل ينبغي ان يقال لاطلاق ما روينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

كتاب الاضحية

اهدوا الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا اقول فيه مناقشة وهي انهم ان ارادوا ان الخاص يكون
بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين انه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في التعقل
فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف ولكن الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن ان يقال تمييز الذاتي
من العرضي انما يتصور في الحقائق نفس الامرية واما في الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر واخذ في مفهوم شيء يصير ذاتيا
لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالامور المأخوذة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك ان معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة
فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل نقحت ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات
الشراح فقال صاحب النهاية الاضحية لغة الاضحية اسم شاة وتجمع الاضاحي انتهى اقول فيه نوع مخالفة لما ذكره في مشاهير كتب اللغة من انه

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب
فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله

والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها ان الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر في واحد منها عموم الاضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها
في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة فانه
يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي
والكفاية هي ما يضحى بها اي يذبح انتهى اقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك ان
الاضحية اخص منها ثم قال صاحب النهاية واما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضان والمعز بن مخصوص وهو الثني
فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضان يذبح بنية القربة في يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال
صاحب العناية وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى انتهى اقول يرد على ظاهره ان الاضحية في الشريعة
عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذاك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح
اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي في الشريعة ما يذبح في يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان
مخصوص في وقت مخصوص فالم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح
حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل في تعريف العلم بحصول صورة الشيء في العقل ان المراد منه هو الصورة الحاصلة في
العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر
حيث قال اعلم انه لا بد للتعريف من وجه آخر وهو ان يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه ايضا بان قوله
حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضان والمعز والمخصوص
السني ايضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضان وحده فلا ينتقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية
وغيرها لكان اظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية واما شرائطها
فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء اما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو ايام النحر حتى
لو ولدت المرأة ولدا بعد ايام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال واما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت يسقط الاضحية الا ان في حق المقيمين
بالامصار يشترط شرط آخر وهو ان يكون بعد صلوة العيد ثم قال واما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف الوجوب
فيها بانها ممكنة او ميسرة لم يذكر في اصول الفقه ولا في فروعه اما الاول فاقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو ايام النحر
والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون حادثا به سببا
وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم
الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلوة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى الحكم كما في يوم الجمعة ومثل هذه

وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وهي قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعشرة

الانسانية في الاضحية لم توجد في حق المال الا يرى انه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى اقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرطا وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال ان يكون سببا لوجوبها لان الشيء الواحد لا يصح ان يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ان الشرط والسبب قسيمان قد اعتبر في احدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب ان يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط ان لا يكون موصلا الى المشروط اصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع ان يكون شيء واحد موصلا الى شيء واحد آخر وان لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلوة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لاداءها فلم يلزم ان يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شيء واحد قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى قال في العناية اخذا من النهاية وهي واجبة بقدر المكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت القدرة بالميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج ولم يطلع الزرع آفة لا يقال اذا لم يتمكن به بالمرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الامساك النصاب لدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالمكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر الى آخره حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقيرا حين اشتراها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة الامكنة ولا ميسرة فذلك لاشتراط بنية الاضحية لا للقدرة فليتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ لا نزاع لاحد في ان علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وانما الكلام هنا في ان القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة ام القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على انها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان وهي ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى اثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها او بقيمتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به ايضا فبعد ان تقرر ان علته في الموسر هي القدرة لا غير يكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين ان المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة على ان اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا هو التصدق بعينها حية لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجيء في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ويفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب لانها قربة يضاف اليها
وفيه ايضا يوم الاضحى ويوم النحر يوم الاضحى وذبح يوم النحر بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجوب والوجوب من المقتضى الى الوجوب ظاهرا بالنظر
الى الجنس وعين الاداء يختص بالسبب يشق على المسافر استحضاره وفوت بعض الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى
والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تذبح في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى
الا بالملك والملك هو الحر والاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر شرحه

ليس بالقدرة الممكنة والا لم يسقط وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر انتهى اقول وليس هذا ايضا بشيء لان مراد المصنف هناك
فوات اداء الاضحية بمضي الوقت لا سقوطها بالكلية في حق المقيم ايضا فان الاداء هو تسليم عين الثابت بالامر وفوت بمضي الوقت في الواجبات
الموقتة مطلقا لان الوقت شرط لاداءها على ما عرف في اصول الفقه واما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضي الوقت وانما
الفائت بمضي شرط الوقت لا غير هذا ايضا ما عرف في اصول الفقه وقد تقرر فيه ايضا ان القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلوة للصلوة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم
وثواب النفقة والحج وعدم الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان اداءها في وقتها باراقة الدم وقضاءها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها او بقيمتها
فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم يسقط وكان عليه
ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل احد بسقوط وجوبها حتى يصح قوله والا لم يسقط ولم يقل احد بصحة اداء الموقتات
بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده
وانما الذي يلزم بعده قضاؤها وهو انما يكون بالتصدق بعينها او بقيمتها لا بغير ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكوة من
حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع
الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في ان المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه اقول وهذا ايضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط
بهلاك المال قبل مضي ايام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر
في علم الاصول من ان وجوب الاداء في الموقتات التي يفضل الوقت عن اداءها كالصلوة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هنا يتوجه الخطاب
حقيقة لانه في ذاك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لا شيء عليه والاضحية من هاتيك الموقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي
وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرر سبب وجوب اداءها او ذاك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها او بقيمتها بخلاف الزكوة فانها من الواجبات
المطلقة دون الموقتة كما نص عليه في علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا اي في اي وقت كان باعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط
تلك القدرة بقاؤها بالبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف في اصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية ايضا هو القدرة الميسرة لزم ان
تسقط الاضحية اداء وقضاء بهلاك المال بعد ايام النحر ايضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة
الاضحية بالزكوة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك
المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي ايام النحر في سقوط الاضحية واطلق هلاك النصاب في سقوط
الزكوة والعجب ان هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام
من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعتراض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله
شفاعتي واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام فيجب المقاتلة به الا ان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في

والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسيذكر مقدارها ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بينا وعلى ابيه الصغير لانه محض نفعه فيلزمه كما صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وروى عنه انه لا تجب عليه لانه لا تجب عليه صدقة الفطر لان السبب هناك الرأس وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك الرأس وهو ظاهر الرواية وعلى هذا الصغير وصدقة الفطر مختصة به لا اصل في الفطر لا تجب على الغير بسبب الغير فلذا لا تجب عن عبده وان كان تجب عنه صدقة الفطر وان كان الصغير مال يضحى عنه ابوه من جوار الصغير وصدقة الفطر ووصيته من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر قيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهما لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولابي حنيفة ان الاكل منه ولا حرمان يعطي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويتلو بما بقي ما يتنفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد وهو قول الشافعي لان القربة في الاراقة واحدة وهي القربة في الاشتراك كما في الاضحية ولهما ما روي عن جابر رضي الله عنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة ولا نقول في الشاة شيء على اصل القياس لكن جوزنا مستدلا وثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعن دونهم اولى لان عن تعليل القياس فيه لا يقع فيه وكذا اذا كان فيهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله تعالى لا تجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحية قلنا المراد منه والله اعلم اعتبار اهل البيت لان اليسار له يؤدبه ملتزم كل مسلم في كل عام فلا اعتبار ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة لا سبع جاز نصفه بالسبع بطريق الاولى وان اقتسموا لحما لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع وان اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه لما عدل بها للقربة فقد تعين حقا لله تعالى فلا يعود الى ملك العباد كالاشتراك هذا معنى وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها لا يظفر بالشركاء وقد يقيم وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد ذكر في الاصل ان الشراء للتضحية لا يمنع البيع الا ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن ابي حنيفة رحمه الله في الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشراك بعد الشراء لما بينا قال ويس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية

غير الحرام كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث ايضا بان يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا او تركها اصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعوض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر هو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى اقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا امرا وكان الامر للوجوب وجاز ان يحمل السنة في قوله فانها سنة ابيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب ايضا تعين جانبنا ولم نشترك في الالزام قطعا فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه امر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت او غير واجبة انتهى واورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث انتهى اقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم يكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة اخرى لاصل المدعى ولعل صاحب الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه اصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني اخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره اهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق اخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى قوله

وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به اقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها اي الاضحية مختصة به اي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلا بد ان يكون المراد بقوله لانها مختصة به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الى آخره والتقييد بالحرية لانها قربة مالية منقطعة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز ان يكون مراد المص بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على ان يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري

قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد قلنا اهل السواد فيذبحون بعد الفجر لما روينا عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحة ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من تلزمه الصلوة من المصر دون اهل السواد ولان التعليل لاحتمال التشاغل عن الصلوة ولا يمضي للتاخير في حق الفريق لا الصلوة عليه وما روينا حجة على مالك والشافعي رحمهما الله وفي حق من يلزمه الصلوة من المصر يجوز بعد الصلوة ولو قبل الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر حتى لو ذبح قبل على العكس يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري ان يرسل اضحيته الى اهل السواد ليضحي بها كما ان الحاج يضحي بها في الحرم وقيل انما تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب بعد تمكن المصرف من الاداء ولا يمكن التعليل اعتبارا بها في حق الفقير لانه لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم النحر وتضحي بعد ما صلى هل المسجد ولو لم يصل اهل المسجد اجزاه استحسانا لانها صلوة مشروعة ولكنها اجزت بهم كذا على حد عكسه وقيل اجزت قياسا واستحسانا قال وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رحمه الله ايام النحر بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا الايام الثلاثة افضلها اولها وقال قائلون هو اوسطها لما روي ان رأي الاكثر الى المتقدمين وفي الاخبار تعارض وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا وفيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض يعين الذبح في ليالي الايام الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل ثلاثة واربعة اولها يوم النحر وآخرها آخر ايام التشريق والمتوسط ايام النحر والتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة اوسطة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤدى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية ان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني فتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عند ذلك فاذا فات الوقت يجب بنيته التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية

وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه حينئذ لصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو فان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم ان يكون المبين والمعلل هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون ان يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت شيء اصلا ولا يخفى ما فيه قوله

ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلوة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت اقول هنا اشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على ان اول وقتها في حق من عليه الصلوة بعد الصلوة فمن اين يؤخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار ايضا على تقدير ان يتحقق الماخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم يتأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلوة في حق اهل الامصار بل لم يكن اداء وبقي قبل الصلوة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الشرط الذي قبل الصلوة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق اهل الامصار ايضا وما ثمرة ذلك والظاهر ان ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة اداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولذا افعل من امكان اداءه فيه فتامل ثم ان صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسئلة واول وقتها بعد الصلوة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه واول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلوة عليها ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي اخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم ان اول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه اقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة اصلا فان مراده بقوله واول وقتها اول وقت ادائها لا اول وقت وجوبها ولا شك انه اذا كان تقديم الصلوة عليها شرطا في حق اهل الامصار كان اول وقت ادائها في حقهم بعد الصلوة وان كان بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد خروج الامام عن صلوة العيد انتهى قوله ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اقتدوا بها اجزاتهم قال الشارح قولهم اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجزيه قياسا وذلك لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلوة من وجه وبعد الصلوة من وجه فوقع الشك في العبادات يؤخذ بالاحتياط وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى اقول ههنا بحث وهو ان ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يرفع وجه القياس الذي ذكره لان كون صلوة اهل المسجد صلوة معتبرة لا تنافي كون صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا بذا على عكسه صريح في ان صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة والا لم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلوتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احدى الصلوتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكر في الكتاب في مقابلة القياس الذي ذكره

قال الأضحية الخ الجواز والوجوب والوجه وانما أضاف إلى الشاة لأن قوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا الأربعة العوراء البين عورها والعجفاء البين عجفها والعرجاء البين عرجها والعمياء البين عماها

قوله قال وهي سنة مؤكدة لأن الأمة أجمعت على أنها ليست بواجبة وقوله مؤكدة مستدرك لأن السنة لا تكون إلا مؤكدة وإنما الواجب أو الفرض كذا في الكافي وهي اسم لما يذبح أيام النحر تقربا إلى الله تعالى وهي جائزة للأكثر حكم الكل بقاء أو فعلا لأن السبب اليسير لا يعلق الحرمة عن محل عمرا واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله مقدار الأكثر في جانب تصريحه من تعلم من الثلث أو الثلثين أو الأكثر وإن كان أكثر من الثلث فالمعتبر فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر ثلثا فيما لا يتعدد لأنه يتعدد بالوصية ولا يتعدد بالإجازة وهو الأصح لأن الأكثر يتعدد بالإجازة وقال أبو يوسف ومحمد إن كان الأكثر ضعيفا فالمعتبر الثلث وإن كان الأكثر قويا فالمعتبر الأكثر وهو اختيار صاحب الهداية

قال (ويأثم من وجب الاضحية ويتصدق بالاعتاق والنفل دون ذلك) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها واتخروا وادخروا جاز اكله وهو غني جاز ان يوكل غنيا ويستحب ان يتصدق
الصدقة مع الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار والاطعام لقوله تعالى فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر فاقتسم عليها اثلاثا قال (ولا يتصدق بجلدها) لانه جزء منها اريق منه الدم فتستعمل في البيت
ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل الغربال والمنخل والحصير والمبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع
به الا بعد استهلاكه كالخل والاباريز اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول والتجوز لجواز الجلد والصوف بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه نسد
مثله لان القربة انتقلت الى الدم وقوله عليه السلام من لم يجد جلد اضحية فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجرة الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي
رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا وانهى عنه نهي عنه عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزائها غلاف ما بعد الذبح لانه اتمام القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال (ولا فضل ان يذبحها اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره
واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره ان يذبحها الكفار) لانه عمل هو قربة وهو ليس من
اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اتمت بالنائب ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال (واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الاخر اجزأ
عنهما ولا ضمان عليهما) هذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية والقياس في قول ابي يوسف استحسان يجزيه ولا ضمان
على الذابح وهو قول زفر والقياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها
في ايام النحر فيكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستغنيا بكل من يكون اهلا للذبح اذ ذاك له كالاجنبي لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها العوارض فصار كما اذا ذبح شاة نفسه
رجلا اذا قيل بقوله او مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به فلما يحصل له مستحبان اخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه مجازيا فيرتضيه ولعل ما ارجح الله
من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي من ذبح لغيره اضحية خطئا او ذبح جزءه فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو ضمن المالك الحر والقيد والقيد على
الكافر والحطب تحته او يجعل الحطب في النار وربط الدابة عليه او ذبح الجزء واما لها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فيطفئها او ساق الدابة فطفئها الكافر
على ذبح الجزء فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته فسقط فعطبت يكون ضامنا في هذا الصور استحسانا وجه الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل منهما اضحية غيره بغير
اذنه صيرورة خلافية نزع يعنيها ويتاتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كل ما قد الاثر علما فلحل كل
واحد منهما صاحبه بعد ما ظهر ولا يجزيهما ذلك لانه ذبح جزء غيره بغير اذنه فان شاء اخذ كل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم

والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي ان يكون الجزء الباقي منهما اقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه اما في رواية الربع ورواية
الثلث فظاهر واما الشك ان الربع باكثر من ثلثة الارباع ولا الثلث باكثر من الثلثين واما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث
اذا لم يجاوز النصف لم يصر اكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث
في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية ايضا ذهاب اكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلف الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر
بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة الكتاب معنى التفصيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في
بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد لا القيد الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث
والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير ايضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب
لمجرد بيان محل الكثير فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفصيل مجردة عن معنى التفصيل ان
تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفصيل على قاعدة
العربية ولئن غمضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير ان يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا
لزم ان يصير الاذن والذنب باقيا وذهابا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب بعضهما او كثر من ثلثيهما في الجملة على وفق الزيادات المذكورة
فيلزم جمع الحكمين المتضادين تامل تقف قوله ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما بينا والاطعام لقوله تعالى فكلوا واطعموا القانع والمعتر فاقتسم عليها
اثلاثا اقول لقائل ان يقول الامر المطلق للوجوب عند اكثر العلماء كما تقرر في علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى فكلوا واطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والدعوى استحبابه فليتامل في الجواب قوله ولا باس
ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرناه لان المبدل اقول لقائل ان يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية
له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه ايضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر في اصول الفقه فليتامل في الدفع قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع
به الا بعد استهلاكه كالخل والاباريز اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول اقول فيه بحث اما اولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم
مما لا ينتفع بعينها اصلا اي لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والاباريز فانه مما ينتفع به وان كان
ذلك بعد استهلاكه فجاز ان يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا بدله واما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم
لما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد ان بين وجه الاستحسان فجواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان المبدل يتنزل
قال فكان القياس ان يجوز بيع الجلد بالدراهم ايضا الا انا تركنا القياس لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط اجر الجزار منها فاذا اعطى اجر الجزار منها يصير بائع اللحم او الجلد بالدراهم

فصار كما لو باع اضحية وهذا لان الضحية قد وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه
ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع
شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالاظهر ان يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح ان يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد اشار اليه صاحب البدائع حيث قال وله ان يبيع بهذه الاشياء وبما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان البدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقامه الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى **قوله** فصار كما لو باع اضحية قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني انه لو باع اضحية واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله انتهى اقول فلم يكلفوا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشتراه غيرها بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضي ايام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيئا منهما كما لا يخفى مع ان الامر في معنى هذا الكلام على طرف التمام عليه على حذف المضاف اي كما لو باع لحم اضحية فيكون المراد به الاشارة الى ما في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر **قوله** ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرنا قال في العناية وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى اقول ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغائر لما في التوجيه المذكور قد اخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تال مغائر لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب اصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي ان قول المصنف ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على اصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل ان تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي اتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري ان صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على اصل المسئلة ام يجعله متصلا بشيء آخر غير اصل المسئلة فانظر وتبصر بل تيسر

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها **فصل** في الاكل والشرب قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بابوال الابل

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم تخل من اصل او فرع يرد فيه الكراهية الا يرى ان التضحية في ليالي ايام النحر مكروهة وكذا التصرف في الاضحية لخصوصها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك خروج الكتابي وغير ذلك كما ان الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشائخنا كالكافي للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والاباحة وتبعه القدوري في مختصره والامام قاضيخان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتتمة والايضاح ولكل وجهة هو موليها اما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه واما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان احسن فلقب به اولان اكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها واما التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما اباحه كذا ذكر وجه كل منها في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهة وكراهة قال في الميزان هي ضد المحبة والرضى قال الله تعالى عسى ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي اي ليس براض بهما ولا محب لهما وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الارادة ايضا على ما عرف في اصول الكلام واما معنى الكراهية في الشريعة فما هو المذكور في الكتاب **قوله** قال رضي الله عنه تكلموا في معنى الكراهية يعني اختلف اصحاب الشرع في معنى الكراهية فروي عن محمد انه نص على ان كل مكروه حرام الا انه لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في ان الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب ثم ان هذا حد المكروه كراهة تحريم واما المكروه كراهة تنزيه فالى الحل اقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب ولبعض المتاخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لما في قضاعيتها من الاختلال كراهة الاطناب **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بابوال الابل قال جماعة من الشراح حض الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر لمستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان انتهى يعنون انه لو قال يكره لحوم الحمر والبانها لرجع الضمير في البانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم المذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا يتصور في ذكور الحمر وانما يتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك بتقدير وتاويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مواخذة بعض المتاخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو اعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا لباقي الاكل والشرب انتهى اقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بانه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه اصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل

وتاويل قول ابي يوسف انه لا بأس به للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من
اللحم فاخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال و
النساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وروى ابو هريرة
بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

من مسائل الاكل والشرب ايضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم يذكر هذه المسئلة فيه اصلا وذكر معها غيرها ايضا مما سبق في الذبائح
واما حديث ذكر من المسائل السابقة في الذبائح تذكير البواقي فغير تام ايضا لان ذكرها ذكر مرة كذين مستوفى تذكير البواقي المذكورات ليس من
دأب المصنفين ولا مما يهم اصلا ثم اقول الاوجه ان يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها ايضا لان جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح
مستوفى وكراهية لحوم الاتن انما ذكرت هنا توطية لكراهة البانها التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها للتوطية لذلك فلا جرم خص الاتن
بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض واما حكم ابوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى
يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه اقول ليس هذا الكلام صحيح لان المص ايضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وانما لم يلزمهما
التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا واما كون ما اخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع
التكرار لان المصنف ليس في خير الاجتهاد فكل ما ذكره ماخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة **قوله** وتاويل قول ابي يوسف
لا بأس به للتداوي انما احتاج المصنف الى هذا التاويل لان مذهب ابي يوسف ان بول ما يؤكل لحمه نجس كما مر في كتاب الطهارات فلزمه ان
يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس ببوال الابل حل شربها عند ابي يوسف ايضا فاول المصنف قول ابي يوسف
المذكور ههنا بنفي البأس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسا متمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب
الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام واما قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فينصرف الى لحم الفرس خاصة
لان بول الفرس نجس عند ابي يوسف ايضا الا انه اطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى اقول فيه نظر لان لفظ
محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كره شرب ابوال الابل واكل لحوم الفرس وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بذلك
كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك ان عبارة كله في قوله وقال ابو يوسف
ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من ان يكون قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل ايضا
قوله وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها اقول في رواج هذه الحوالة بحث فان البان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما
تقدم قط وكذا ابوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلوة والذبائح وانما ثبت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان
بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارات والذبائح ويمكن ان يحمل في توجيه كل من هاتين الصورتين
اما في توجيه الصورة الاولى فيها فبان يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا
نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه واما في توجيه الصورة الثانية منها فبان الطهارة لما كانت من شروط الصلوة ومباديها عبر
المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلوة مسامحة قال بعض المتاخرين وانما قال في الصلوة مع ان البيان لم يكن فيها بل في كتاب
الطهارة في فصل البئر اشارة الى انه ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلوة كما وقع في فتاوى قاضيخان وان لا يؤخر

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان وهو كما لانه في معناه وكما لانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين
وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة
والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور
العتيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
قال ويجوز الشرب في اناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع
الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا موضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة
ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ
وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والنقراد اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او
فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لها كتاب على حدة انتهى اقول ليس هذا الشيء لان ماله ان يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في اول كتابه من ترجمة
الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلوة وهل يليق بالعاقل ان يقصد الاشارة الى مثل ذلك على ان الشراح ذكروا قاطبة
في اول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلوة ممنوع وعن هذا
ترى اكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم ان شرب البول الا لعلة
حرام عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رح مطلقا وللتداوي فقط عند ابي يوسف رح وذكروا لهم هناك لكن بنى دليل محمد على طهارته
مع ان استلزام طهارة محل شربه غير ظاهر وان طهارته لم يلزم عنده الا من حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاكم فيما حرم عليكم كما سبق فيدخله
على طهارته ودر ظاهر الى هنا كلامه اقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة الطهارة في العقل بان يصير دليلا عليها واما طهارته فانما
تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج فالاستدلال
بالحمى على العفونة برهان انى وبعكسه برهان لمى ولا دور اصلا وهكذا الحال بين كل موثر واثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني
علة للاول في العقل اي دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع **قوله** واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان
ونحوه لانه في معناه اي لان الادهان في آنية الذهب او الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال
باي وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطيب ايضا وفي النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب او الفضة
ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صب على الراس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير قال
صاحب العناية بعد نقل ذلك واري انه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان الكحل لابد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره
في المحرمات انتهى اقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم في اواني الذهب والفضة والاتها هو استعمالها واستعمال آنية الذهب او الفضة
عند ارادة الادهان منها انما يتحقق في العرف والعادة باخذ آنيتها وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها واخذ الدهن ثم صبه
على البدن واما استعمال مكحلة الذهب او الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال
لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو انه يقتضي ان لا يكره اذا اخذ الطعام
من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها وكذا اذا اخذه بيده واكله منها واجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله
صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض اقول منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ وعدم الوقوف على مرادهم اما الاول
فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية واما الثاني فلان مرادهم ان الاوانات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما
صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاواني الكبيرة المصنوعة من الذهب الفضة لاجل اكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا اكلت الطعام منها باليد او الملعقة لانها وضعت
لاجل ابتداء الاكل منها باليد او الملعقة في العرف واما اذا اخذ منها ووضع على موضع مباح فاكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها

لما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل لجميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب وتسمار الذهب في المسجد قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما قال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه

وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا اخذت وصب منها الدهن على الراس لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن وصبه على الراس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر ان مرادهم ان يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه اقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله اما الاول فلان من قولهم من اناء ذهب ابتدائية امر زائد بل مختل اما اولا فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتاخرين من اصحاب المتون واما ثانيا فلانه لا تاثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره ههنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء او في الانتهاء ويظهر ذلك بالتامل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق ان الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل لوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان للمماسة تاثيرا في الحرمة كما سيجيء من وجوب الانغماس عن موضع الفضة في الاناء المفضض او المضبب وقت الشرب فتامل انتهى اقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي اورده صاحب التسهيل فانه اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها او اخذ بيده واكله منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع انه يكره بلا شك فالمخلص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك واما الاناء المفضض او المضبب فمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة او ذهب بل هو مركب من لوح وفضة او ذهب فاعتبر ابو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة او الذهب ولم يعتبر باصابة ولكل من الجانبين اصل ياتي بيانه قوله لما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره جميعها في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع ابي يوسف وان كان افرد ابا يوسف في بيان الحكم فيما قيل واما صاحب الكافي فافرده ههنا ايضا حيث قال احتج ابو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية رد لما في الكافي من احتجاج ابو يوسف اقول ليس ذلك بتام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمها دلالة كعموم الادهان فيه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما اشبه ذلك به كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به عن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء وغيره انما كانت لما فيه من التشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك لتسا اما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه ايضا ذلك البعض حيث قال بعد

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية ولا يقبل
قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في
الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعك ان
تأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ولا يقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل
ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين جنس الناس فلو شرطنا شرط العدل يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا
كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا تكثر وقوعها لحسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة
شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر كافر فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر
لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بقبول قوله فيها اذا كان فيه ضرورة [illegible]

نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على ابي حنيفة رح لكن لم نجد في روايات البخاري وغيره الاخبار عن زيادة او انه فيه شيء من ذلك
وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج ابي يوسف انتهى اقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما راه من روايات البخاري وغيره لا يدل
على عدم وجودها في رواية اخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح ان يحمل
ذلك البعض بمجرد عدم اطلاعه على ذلك رده وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم
اقول كان الاظهر ان يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر
مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل او الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح
وقد مر هناك مستوفى وعبارة المصنف توهم احتمالا الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك
لكان اظهر من الكل وكان اوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم الا انه لم يغير لفظ محمد رح في الجامع الصغير
تبركا به قوله لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله
وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل وانما انتهى اقول في تفسير قول المصنف في الحل بقوله يعني
في قوله وسعه اكله ركاكة جدا لان قوله وسعه اكله جواب المسألة فهو في قوة ان يقال يقبل قوله فيما اخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد
المصنف هنا بقوله في الحل في قوله وسعه اكله لصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما اخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام
والحق عندي في شرح كلام المصنف هنا ان يقال يعني انه لما قبل قوله في الحل اي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي او نصراني
او مسلم فانه يتضمن اثبات حل اكل ما اشتراه كما صرحوا به فاولى ان يقبل قوله في الحرمة اي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي
والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به ايضا تبصر قوله لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال جمهور الشراح قوله
لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء انتهى اقول لمانع ان يمنع ان النفس الجواري والعبيد تبعث عادة على ايدي
هؤلاء بخلاف اهداء غير انفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على ايديهم بلا مجال النكير من احد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى
قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني اقول ولمانع ان يمنع ان عدم قبول قولهم في اهداء انفسهم يؤدي الى الحرج لامكان
اهدائهم على ايدي غيرهم من سائر العبيد والجواري او الصبيان وعدم القدرة على غيرهم اصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا
مطلقا على ايدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجا بينا يتأتى في اهداء الامور الخسيسة قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق
ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قبل ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة
والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد وذكر القيد في كتاب الاستحسان وايضا
في الجامع الصغير فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير الهدايا فيشترط ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان يكون

ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيما جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية
جزم الفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا وكان عند العدالة الصدق
مع الحرج والقبول لرجحانه فمن العاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بطهارة الماء والثوب اذا اخبر عدل حر مسلم
بتوضئه به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به

في المسألة روايتان انتهى اقول اشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات ايضا بشرط
التحري كما سيأتي التصريح به في الكتاب وكذا اشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عند
هذا التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا حاجة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري **قوله** ولا يقبل فيها قول المستور
في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به قال الشارح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري
الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى اقول فيه بحث لان اصل ابي حنيفة في الشهادة ان يقتصر الحاكم على
ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر في كتاب الشهادات وكان احد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها
ولا ريب ان المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ففي غير ظاهر الرواية ايضا لم يلزم عدم
اعتبار احد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكروه على اصحية ظاهر الرواية ويمكن ان يقال ليس مقصودهم بيان اصحية ظاهر الرواية على اصل ابي حنيفة
في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند ابي يوسف و
محمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب
غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسي حيث قال قال شمس الائمة السرخسي في اصوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية
الاخبار بثبوت العدالة لظاهر الحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على
بعض ولهذا جوز ابو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا فان
الفسق غالب في اهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا يعتبر شهادته في القضاء قبل ان تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال
تحرير بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية اي لا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح
ثم قال وجه الظاهر انه لا بد من اعتبار شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكروه وجها
لاصحية ظاهر الرواية وجها لنفس ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فيرد عليه قطعا ان حقيقة العدالة ليست باحد شطري الشهادة عند ابي حنيفة بل يكفي ظاهر
العدالة عنده في قبول الشهادة ولا يخفى ان ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه
فتدبر **قوله** ويقبل فيها قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذكر الحر هنا خال عن الفائدة اذ لا يتبادر
على احد قبول قول الحر في كل امر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق شناعة ذكر الحر هنا فقال ويقبل فيها
قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ويقبل فيها اي في الديانات قول الحر والعبد
والامة لان خبرهم لا في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى اقول قد زاد هذا الشارح في الطنبور نغمة حيث اتى
بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبرهم لا في امور الدين كخبر الحر ولا شك ان كلمة هؤلاء من جموع اسماء الاشارة فيكون هنا اشارة

وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن وقوله
كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم
بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية
المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمه لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال
ابو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة

الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير من كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا
عدولا فيدخل الشبه به في الشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية وقيل فيما اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في امور الدين
خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في كلامهما ايضا نوع محذور لانهما جعلا الحر
مقيسا عليه او مشبها به وهو داخل ايضا في المدعى هنا وكان مما يلزم اثباته ايضا هنا فكيف يتم ان يجعل مقيسا عليه او مشبها به لاحد قرينة قبل
ان يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لان عدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه **قوله** وان اراق الماء
ثم تيمم كان احوط اقول هذا مشكل عندي لانه اذا كان اكبر رايه انه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا اراق هذا الماء على اعضاء الوضوء
كان الراجح ان يتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست اعضاؤه لم تجز صلوته ما لم تطهر والمفروض انتفاؤها اخر مطر والا لم يجز التيمم فكان ينبغي ان يكون
الاحتياط اوذاك في ترك الاراقة لتاديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان اكبر رايه انه كاذب كما سياتي من بعد
فان التيمم هناك بشيء طاهر فلا يلزم محذور اصلا فليتامل **قوله** ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اقول لقائل ان يقول
لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون ان يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا
لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالقطعيين عند انتفاء العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن
دون اليقين ويوافقه قول المصنف لما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب ان مراد المصنف باحتمال الكذب في
قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة
سقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب فيها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال الكذب
في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده انه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا فما مثل الاحتياط بها
في صورة التحري في خبر الفاسق والمستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك
واما التحري فمجرد ظن قلت معناه انه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي اقوى من الاول فافترقا
قوله وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا تترك كما لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة
الجنازة واجبة وان حضرتها ياثمة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة
واجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم كذا في العناية وغاية
الشروح اقول الجواب منظور فيه لانهم ان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب انها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبي العناية
والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما ثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه ان كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له
في الاحكام حيث صرحوا فيه بان الواجب مما كان فعله اولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله اولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب

قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يترك لما اقترنت به من البدعة من غير كراهة كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضر تهانياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وحكى عن ابي حنيفة رحمه في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد ان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تاكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السوال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تاكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على ان صلوة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير ان يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السوال ايضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى اقول ليس في الشيء لان تشبيه اجابة الدعوة بصلوة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فضلا فيلزم ان يكون قول المصنف كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشا له ثم اقول يمكن ان يجاب عن ذلك السوال بوجه آخر وهو ان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا انها تنقلب الى الواجب بقاء اي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما اشار اليه المصنف فيما بعد فيصير النظير الصلوة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجيء فيكون قوله كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المآل فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلوة الجنازة تحضرها النياحة لانه ان اراد مطلق الدعوة فلا نسلم ان اجابتها سنة وان اراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتاخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم التقريب لان فرض المسئلة في حق دعواه اقترنت بامور فيها لا يسن الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة اصلا واما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمه يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء وبهذا ينطبق الدليل على المدعي فلا يرد عليه ما قيل ان اراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة ان اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء ان الدعوة اذا قارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان اراد ان اجابة الدعوة على وجه السنية كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتامل الى ههنا كلام ذلك البعض اقول لا يذهب على ذي فطانة ان هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء اما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة اصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها انتهاء فرع مجيئها الى محل الدعوة اولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعي الى وليمة او غيرها فاجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمه لعبا او غنا فلم يقعد ولم ياكل فانه يوجد هناك الاجابة

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة

ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان الداعي مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجيء في الكتاب والعجب ان ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجازة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب بحق قوله والاجابة الوقوع وبالعكس ولم يدر ان تحقق انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى واما خلو كلامه عن تحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم انه اختار كون المراد ان اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور ان الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة اصلا كما سيجيء في الكتاب وذكره ذلك القائل ايضا في اثناء كلامه ويكفي لسند منع ان اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك قبل الحضور وهو صورة اخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجها للاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد ان اجابة الدعوة على وجه السنة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بان الدعوة على ثلثة اوجه الاول ان دعي الى وليمة او طعام ولم يكن فيه شيء من البدع اصلا والثاني ان دعي الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة ان ثمة شيئا من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعي الى ذلك وذكر ان ثمة شيئا من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا يكون الاجابة لازمة للمدعو اصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تامل تلقف قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يقبله اقول لقائل ان يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول ان المعرف باللام اذا لم يكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فيعم كل دعوة والجواب انه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص عما امكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف فافترقا قوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب لان محمدا رحمه الله اطلق اسم اللعب والغنا بقوله فوجد ثمة اللعب والغنا فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على ان الملاهي كلها حرام وهو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المومن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث وكان باطلا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على ان الدليل

بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه وتلك المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يوت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغنا بقوله فوجد ثمه اللعب والغنا فيصير حاصل التعليل ان محمدا لما اطلق اسم اللعب والغنا في ما يتك المسئلة ولم يقيده بنوع علم ان اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى واما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث فكان باطلا ينافي قولهم في اول التعليل لان محمدا اطلق اسم اللعب والغنا اذ على تقدير ان لا يكون ما ذكره محمد في ما يتك المسئلة من هذه الثلث يلزم ان لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل ان يكون مقيدا بغير هذه الثلث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما اخذوا اطلاقه اسم اللعب من قوله فوجد ثمه اللعب والغنا ولا يخفى ان قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلث المذكورة ثم اقول بقي شيء في اصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على ان الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلث المستثناة في الحديث ايضا ولم يقل بها احد اللهم الا ان يقال تلك الثلث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهذا استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المومن باطل الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله انتهى كلامه اقول اراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكره في السوال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة لقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته واشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على ان الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكانه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث او عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتاخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي هنا منتفية انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اذ الظاهر ان كلتي مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة واداة سورها الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحيوة الدنيا وليست اداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو اداة سورها كما صرحوا به ثم اقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد واما قوله وهذا استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج ان بعض اللهو واللعب وهو الحيوة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا اوسط في ذلك القياس هو الحيوة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج ان بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا ان بعضه اي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تاثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله جيد خاف على من له دراية بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور ان

وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

بعض اللهو واللعب الذي هو الحيوة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لان ما لا يحرم من امور الدنيا كثير لا يخفى فما الوجه للتخصيص على ان ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السوال لامكان ان يورد السوال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحيوة الدنيا ايضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو ولكن الحيوة الدنيا ليست بحرام ينتج ان الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك ان الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب ان يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو انها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله اعلم انها لعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني انها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفاسير فلا يلزم من عدم حرمة الحيوة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو ايضا كما لا يخفى **قوله** وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون يعني ودل ايضا قول ابي حنيفة ابتليت على ان الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد اشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون اقول لقائل ان يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمه مسلمة بناء على ان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم اما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك ان ما ابتلي به مرة لا يكون شيئا معينا منها واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن ان يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قال ابو حنيفة جاز ان يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به انتهى اقول ذاك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا انها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشان في سائر النوافل من الصلوة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال ابو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلوة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقدمنا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون ابي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح ان الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ودلول هذا الحديث ان مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر ذلك فتامل وقد اورد صاحب الاصلاح والايضاح ما اورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في اول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي فان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو مخطور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة ترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر ان جالس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتاخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قائل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب المخل ومن شاء فليراجع كتابه

فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج باحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير

فصل في اللبس قال صاحب العناية لما ذكر متقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطي لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى الوطي انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب المعناية في هذا المعنى ولكن بعبارة اقصر اقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه التفطن عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكر فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من متقدمات مسائل الكراهية كما ترى الصواب في وجه الترتيب ان يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب اشد وعقبه على فصل اللبس فقدمه على فصل الوطي لان احتياج الانسان الى اللبس اكثر من احتياجه الى الوطي لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد اشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية قوله

وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كيلا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تأخر قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم متقدما قلنا انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل ان يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور امتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تعليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجح على الظاهر او نقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره كذا ذكر السوال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السوال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن انما يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به الحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه اقول تقرير السوال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد الثالث المذكور فيه قبيح جدا بل يحتمل المعنى فانه ان اراد بقوله نحو الشق الثاني فيتعارضان انما حينئذ يتعارضان فليت قطان ليس بصحيح اذ المؤخر تكون ناسخا للمتقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كله في علم الاصول وان اراد بذلك انهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمتقدم فهو يدفع السوال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السوال اقول في الجواب الذي ذكره ايضا شيء وهو انه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات انه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء ايضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة قال اخبرني ابو دبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا ايها الناس لا يلبسوا نسائكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر ان بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه انكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم ان يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتامل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن اين العموم اجيب بان العموم المراد بالجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى اقول في الجواب بحث وهو انه قد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص مترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير ان يكون غير الشخص المشار اليه

قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب ثم اللبس مات ولا بد من نزعه الا كاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضي الله عنه إياكم وزي الأعاجم وله ما روي أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف **قال** ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن فيه ضرورة قال الخاصة منه أدفع لمضرة السلاح وأهيب في عين العدو وأبرهة ويكره عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه فصل فيما روينا والضرورة إذن فيه بالمخلوط وهو الذي خمته حرير وسداه غيره لأن الخلوص لا يستبهم الا لأهل

في قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث ملتقا به بالدلالة يلزم ان يرجح الحديث الدال عبارة او اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما افاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فلزم ان لا يتمشى هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه للنساء فمن اين ثبت العموم **قوله** ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره قال الشراح يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس واخذهم الخلاصة فان قال فيها والرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة اقول تعميم قول الامامين هنا للمرأة ايضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر انه يعم التوسد والنوم عليه ايضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رواه جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم **قوله** لهما العمومات قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه اذا استقبل جيشا من الغزاة رجعوا ابناءكم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لاني رأيت عليكم ثياب اهل النار انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات لهذه المذكورات اقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر انهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا او نام عليه انه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا ان يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا انهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصار الملحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذا ان حرمان الحديث وقوله عليه السلام لان اتكئ على جمرة الغضا احب الي من ان اتكئ على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه اتي بدابة على شرجها حرير فنزل هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية في هذا البيان اقول هذا اشبه من الاول ولكن فيه ايضا شيء فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرهما واما في الاخيرين فلا لان الثاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بالفعل في الشرح من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم الا ان ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا والآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يحتمل العموم كما ترى **قوله** والمخطور لا يستباح الا لضرورة قال بعض المتأخرين قوله والمخطور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على ان المخطور لا يستباح الا لضرورة فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل اقول ليس هذا بشيء فان جميع مقدماته مجروح اما قوله والمخطور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان لحمته حرير وسداه غير مباح في غير الحرب ايضا فلان ذلك الايهام اذا يتصور ان لو تحققت الضرورة في غير الحرب ايضا وليس فليس واما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت

وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز منسدي بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين القز والظهارة لا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

بالاباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه ان يقال يجوز ان يكون استباحة الاعلى للتوسعة مبالا للحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا لضرورة واما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل ان لو كان قوله فاذا امكن اندفاعها بالادنى مبنيا لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف واما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المص كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة اعني قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك ان قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلها العقلي وهو قولها ولان فيه ضرورة الى آخره وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن ان الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى ان المحظور الشرعي لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى الا انه اخرها في الذكر لكون مناسب المقدمة الاولى بدليلها العقلي اكثر وتاثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا اصلا تامل ترشد **قوله** وما رواه محمول على المخلوط اقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسألة ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه **قوله** ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتاخرين وقد يقال ولان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشيء اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا اقول لا يخفى ان المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شيء بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكر دليلا مستقلا مقطوعا عن الآخر يرشد اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فيكون العلة ذات وصفين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتاويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الاخرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا اخفى على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض اقول لم يصب ذلك في رايه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة ان الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المعنى

قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا للمعنى
المنوع والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير لا يتختم
الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر
فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس
من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه

الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب
اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره النص المدعى بدون المصير
الى تلك المقدمة لم يبق احتمال ان يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره
المصنف بقولهم اياها اليه بطريق التعليل لقوله وكانت هي المعتبرة دون السدى واصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على
المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبارا لعدمه وعدم التفات فيه الى
التصريح بتلك المقدمة يجوز ان يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه او اعتمادا على تقررها في كلمات المشائخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال في اللحمة
بدون القصر عليها وكانه قال وتمام النسج او آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض انه مع اعترافه ببطلان ما ذكر في كلام المصنف بدون اعتبار
اضافة الحكم الى آخر الجزئين حيث قال لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا
بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف وغيره وما غره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر او لم يلتفت الى ما وقع في كلام فحول المشائخ
من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب
اللحمة بالسدى وكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط وانه ايضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج
والنسج انما يتأتى باللحمة آخرها فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه ايضا
جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز ان يكون مراد الزيلعي بقوله او نقول الى آخره تقرير ذلك الدليل بعبارة اخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر
دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمآل ترشد اليه انه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فيكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى
حيث اعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله او نقول الى آخره ايراد دليل آخر مستقل
لاعاد اللام في الفاء بقوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه اقول لمانع ان يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما
بانه ادنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة بضرورة التختم او التمنوج وقد اندفعت
وهو الفضة ولا يخفى ان الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه ان معنى المصنف بقوله لانه في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة
النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقد تقرر في علم الاصول ان شرط دلالة
النص ان يكون المسكوت عنه اولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق او مساويا له فيه ولا يجوز ان يكون ادنى منه وليس الامر في الفضة
كذلك لما عرفت ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر اقول الاستدلال على عدم حرمة التختم بالحديد
بانه ليس بحجر مما لا طائل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب
والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد النص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي ان

المصنف في التعليل وصح على الشراح كلامه لعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره

[illegible]

ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره وكان التشبث بكونه حجرا اظهر فنفي اثبات بيعي
من قال بعدم حرمة التختم بالحجر لا من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر لانه
يقال له الشب والصحيح انه لا باس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه يتختم بالعقيق انتهى كلامه
قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام قال بعض المتاخرين هذا التصريح لما علم من قوله الا بالخاتم الا انه لو تلفظ لما فصله من دلالته انتهى اقول ليس في الكلام
لان معنى قوله الا بالخاتم الا انه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من النفي اثبات بلا ريب وما ذكره هنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا
تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء واثباته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه لما قيل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل ان ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن امته
بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة وان تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان مجامع جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا
الفصل فالمناسب ان يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل ايضا فيقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما في الكافي والاولى
من ذلك ان يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التاخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل
الى المراة ونظر المراة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والقسم الاول منها على اربعة اقسام ايضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره
الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير فبدأ في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى قوله قال

علي وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف اقول الظاهر ان المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو
الاستدلال على جواز ان ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره اقوالا من الصحابة لا يدل على المدعى
ههنا شيء منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح ايضا اذ الظاهر ان موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصابع
لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة
في النظر الى وجهها وكفيها منها ما روي ان امراة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم ير فيها رغبة ومنها ما روي
ان اسماء بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسماء
ان المراة اذا بلغت المحيض لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا اشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي ان فاطمة رضي الله عنها لما ناولت احد ابنيها
بلالا او النساء قال ايت كفيها كانها فلقة قمر اي قطعته فدل على انه لا باس بالنظر الى وجه المراة وكفيها قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت
عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة قال بعض المتاخرين يريد ان حرمة نفس الوجه والكف تختص بما اذا كانت
شابة اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمسها انتهى اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم الباس

اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسّ يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر رضي الله عنه
كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت
تغمز رجليه وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعرض
للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد
اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن
ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا
اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس بان ينظر اليها و
ان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب
ان ينظر الى موضع المرض للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل ان لم يقدروا ليستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم نظروا

بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في السعة ولا يصافح الشواب كذا في المحيط وغيره وما روي عن ابي بكر وعبد الله بن الزبير رض
كما ذكر في الكتاب يعضد ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون ان تذكر
في الكتب نقلا عن الائمة او المشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة واجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل
في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه حجرة يوم القيمة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها
اما اذا اشتهت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول يرد الاعتراض المذكور على قول
المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به
بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك اذ الظاهر ان تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة يشتهى يدل على بعض ذلك عطفا على قوله اذا
كانت عجوزا لا يشتهى ولا شك ان الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها وكانت داخلة تحت النص المذكور لا محالة يكون التعليل بقوله
لما قلنا تعليلا في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بان يأمن على نفسه عليها فلا يتحقق دعوتها
النفس الى مسها في تلك الصورة قلت ان لم يتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل في تلك الصورة فما مسها ذلك في كل حال والظاهر ان
المراد بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم ان
لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا امن على نفسه وعليها تأمل تفهم قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها قال
بعض المتأخرين اشتراط امنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه انتهى اقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية او
بالتجربة في نظائرها فاذا اشتراط منه عليها ايضا بناء على ذلك قوله فان كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها قال بعض المتأخرين تخصيص عدم امنه بكونه
عليها غير ظاهر ايضا فان جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى اقول الضمير في عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر
ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه ولا بد من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم يحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من
تعريض الغير للفتنة فلان لا يحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه اولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه قوله ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد
اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة قال بعض المتأخرين قد يؤخذ ذلك
باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالي هنا اشكال وهو ان شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسبتين اقامة الحد والتحرز من
الهتك والستر افضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة ولهذا يجب ان يشهد
بالمال فيقول اخذ احيا الحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء اصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا
ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من ان هذا يعني كون الستر افضل يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يتعمد الزنا ولم يهتك به وما اذا وصل

ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان ولا يجوز للرجل النظر الى عورة الاجنبيات من
الرجل لانه مظنة الداعية ويجوز للمرض وكذا للتداوي الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه اعانة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع
بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا
ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا
لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري وهو معتمد فقيه العراق
لانه لا معتبر بامام النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة

وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل يعصم بما افتخر فيجب كون الشهادة به اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخذ الارض من الفواحش
وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر حال الشهرة في الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق
السبب الآخر الاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة او مرارا متخفيا مشددا عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى اقول ما ذكره بعض شراح الهداية
في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في ما وجزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما
كان الستر فيه افضل بلا شبهة مع ان النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك ايضا فكفى بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم
دفعه بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم اقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة غليظة عند الزنا والضرورة
متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون
النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن التهتك فمن اراد ان ينال الحسبة
الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة
ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين اي من كل وجه ولا على ان لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة اخرى افضل منها الا يرى ان من
اراد ان يتزوج امرأة فلا باس له بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها بناء على ان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سياتي في الكتاب مع ان
الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان فوق تلك السنة
ما هو افضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بخلافه قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا
ما بين سرته الى ركبته قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم اقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من
نظر الى تقسيمه في صدر الفصل قوله وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي قال صاحب النهاية وابو عصمة هو سعد بن
معاذ المروزي فانه يقول ان السرة احد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على ابي عصمة في اثبات
ان السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين احدهما ما ذكرنا من تعليل ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة بقوله انها احد حدي العورة فيكون
عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم ان يقول بان الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني ان الشافعي علل في اثبات
ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في المحدود وهذا ينقص منه على ان السرة
ليست بعورة ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على ابي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة
عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والمأخذ
متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء انتهى اقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة
العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية احد ذينك الوجهين واجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر اصلا فكانه لم يظفر بالجواب عنه

وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام لحرهد وارفخذك
اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم
العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه بردو
وكاشف الفخذ يعتف عليه وكاشف السوءة يوبخ وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

فبقي الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فاقول في الجواب القاطع لعرق الاشكال ان في السرة والركبة
ثلاث روايات عن الشافعي احديها ان السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المص هنا وفي كتاب الصلوة الينا
والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية باتين الاخيرتين وقال للاولى منهما وهذا اصح الوجهين
واذ قد تقرر هذا فيجاز ان يكون تعليل الشافعي في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد العورة فلا يكون من العورة كالسرة مبنيا
على قوله في الرواية الثانية وهذا لا ينافي اشتراكه مع ابي عصمة في قوله الاخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي اشتراكه معه في تعليله بقوله
انها احد حدي العورة فيكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور اصلا تامل تقف **قوله** وابدى الحسن بن علي
رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة هذا جواب عن قول ابي عصمة والشافعي اخرجه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن
عون عن عمير بن اسحق قال كنت امشي مع الحسن بن علي رضي الله عنهما في بعض طرق المدينة فلقينا ابو هريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك
جعلت فداك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قاله
الشارح العيني بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفي معجم الطبراني خلاف هذا حدثنا ابو مسلم الكشي حدثنا ابو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق
ان ابا هريرة لقي الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع
يده على سرته انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك
لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى اقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في معجمه حيث حسب ان معنى قوله ووضع يده على
سرته وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه نفي المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعني ان وضع ابو هريرة يده
على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه ايضا كلامه التسلي يعني لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبراني لا يضرنا بل
يثبت مدعانا ههنا وهو ان لا يكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها اولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع
ابو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت ان السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له ادنى تمييز ان معنى قوله ووضع يده على سرته
وضع الحسن يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المعروف
الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الاخر او فعله وترك العاطف والسلوك مسلك الاستيناف كما في قوله تعالى
قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة
الحسن عند وضعه يده على سرته ثم ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرة
عند رفع ثوبه عن بطنه لشعر فعله المذكور يكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور
على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم باحد الطرفين **قوله** وما يباح للرجل النظر من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والوجه وفي كتاب المنتقى عن الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انه يشتهي او شك في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى انه يحرم وجه الفرق ان الشهوة جانب التشهي كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة كما اعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين ولا انضمام الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود الجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل كل العورة وتحققت الكشف فيما بينهم وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل المحارم بخلاف نظر الرجل الى الرجل يحتاجون الى زيادة الكشف للاستعانة الاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته الى ما يجوز للرجل من محارمه لان الطلاق في النظر السائد بينهما عن شهوة وغيرها والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن ثلاث دام الله كان ما فوق الخصر بسبيل الغشيان مسلم فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستر ما استطاع ولا يتجرد تجرد العير وكان ذلك يورث النسيان لو ورد الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة

اقول تأمل ان يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقد مر ان وجه الاجنبية وكفيها ليست بعورة حيث يجوز للرجل ان ينظر اليها اذا امن الشهوة ولكن لا يجوز له ان يمسها وان امن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها ويمكن ان يقال المراد انهما سواء لم يرد النص على خلاف ذلك كما في صورة المارة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة فاذكر ههنا من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافي بينهما تدبر قوله يجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر اليه منه اذا امن الشهوة قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة ان تنظر منه الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه اقول ليس الامر كذلك في الظاهر اذ الظاهر ان المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة اعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته فانه الصالح لما يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك ان هذا الذي ذكر ههنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل ان يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على ان المص لما لم يستوف بعد اقسام ذلك القسم الاول بل ادخل في خلالها الاقسام الثلثة الاخر من اصل التقسيم كما ستحيط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان في عهدته الآن بيان ما بقي منه فبهذا الاعتبار جاز ان يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين طعن في تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو ذكر الرجل الثاني كان اولى اقول ليس هذا الشيء اذ لا يخفى على ذي مسكة ان المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من افراده وان كان غير معين فالاولى ان يعرف الرجل في الموضعين معا تعريف الجنس لا ان ينكر الثاني ولا الاول تأمل تفهم قوله وينظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل قال صاحب العناية هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم اقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على احد من اولي النهى ولم ادر كيف خفي على مثل ذلك والعجب انه قد ابتلي بمثله فيما مر كما عرفته ونص عليه ولعل حكمه لانه في هذا الفصل ما وقع منه ومن سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو اشنع مما منه قوله وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها كذا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى اقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مختل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز ان ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد منه ههنا بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو ان لا ينظر الى ظهرها وبطنها ايضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث ابي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله من اناء واحد وكنت اقول بق لي بق لي وهو يقول بق لي بق لي ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رض فقال بعد ان ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم ان يكون اغتسالهما معا بل يجوز ان يكون متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن

قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والعضدين والساقين والقدمين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

سلمنا فلا يدل ذلك على ان كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يمسني ولم ار منه انتهى اقول ليس كلي من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح اما الاول فلان قولها رضي الله عنها فكنت اقول بقي لي بقي لي وهو يقول بقي لي بقي لي يدل قطعا على ان يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب بقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالوظيفة وظيفته الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر واما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزومه وقوعه البتة ولا شك ان تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد بسبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر اليها الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأديبا يقتضي مكارم الاخلاق فلا تنافي بين حديثي عائشة اصلا **قوله** وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها اقول كان الانسب ان لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز ان ينظر الرجل من الرجل مطلقا اي وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة الى الركبة حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك انتهى وظهر منه ايضا ان ذكر الجنب احق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب ان يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومنها انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر الى ما عداه ايضا فما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السرة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها اخف منه في حرمة النظر واما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسرة ايضا دلالة بالاولوية لكونها اقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض الشارحين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال واصل التركيب ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجيء وجعل المحرم ههنا مصدرا اسميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء فتأمل الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لو كان اصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات فحذفت الرحم واضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بسبب اذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لان يكون النكتة في حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب اذ النكتة في العبارة لا يصلح ان تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين ان يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين ان تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تنافي لا يخفى واما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا اسميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجيء في حيز المنع اما الاول فلانه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة ايضا وقال في البدائع النسائي هذا الباب

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة

سبعة انواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم وكبنت العم والعمة والخال والخالة انتهى ولا يخفى على الفطن ان المحرم المذكور ثمة في مواضع متعددة انما يصلح منه ان يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا باس للرجل ان ينظر من امه وابنته واخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات واولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها وصدرها وراسها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى ان تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية نوز وجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن واولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المراة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن ايضا ان المحرم المذكور في قوله وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام اي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه واما الثاني فلانه انما لا يلايمه تفسيره بما يسبحي لو كان مراد المصنف بما يسبحي تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه واما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام الماخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملائمة كما لا يخفى والظاهر ان مراد المصنف هو الثاني ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال واما النظر الى ذوات محارمه فيقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت او بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه انه اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده يجوز ان يكون اصله ذوات الرحم المحارم على ان يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز ان يكون معناه ذوات الحرمات على ان يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة واما اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب او سبب كما في حسامة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى موضع الزينة ولا تدل على عدم ما لم يجز وانما يدل عليه آية اخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم كما افصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقي غير البصر عاريا على ما مر به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه اقوى انتهى او آية الظهار كما اشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنسها ولا يمس شيئا من ذلك

وكان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب او كان بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح والاصح لما بينا اشكال ولا بأس بأن يسمع صوتها ان نظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للحرمة بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش ومحرمة او نا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام وليالي الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها

والوجه فيه ان الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرا من القول وزورا وصورة الظهار ان يقول الرجل لامرأته انت كظهر امي ولولا ان ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتامل **قوله** ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج قال بعض المتأخرين وتفريعه هذا الدليل واضح الا ان قوله يدخل على البعض من غير استيذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير انه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استيذان فربما كانت مكشوفة العورة فتقع بصره عليها فيكره بان ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه اقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ان العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استيذان لا انه امر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في امر الدخول في بيت الغير فانه قال واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استيذان ايضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا ان الامر في الاستيذان على المحارم اسهل واليسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه ان الدخول في بيت الاجنبي من غير استيذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استيذان مكروه ولا يكفي في التأذي الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استيذان وان كان ذلك مما لا يمدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال **قوله** والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه يعني بالمعنيين فيه الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستيذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع ذكره خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستيذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما اقول ليس الجواب بتام اما اولا فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف ايضا في رواية اخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قال المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى واما قوله واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع وتابيد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستيذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود احد ذينك المعنيين فيه يتوقف على ان يكون له الدخول من غير حشمة واستيذان كما تحققه ومعنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه آنفا في قول السائل فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب ان يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال

وقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن معها فان اصحبت الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها
ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا أمنا الشهوة فان خافا على نفسه أو عليها يتقنعا او تنحيا او تسكا فليصبر ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك
اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال ينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه
من ذوات محارمه لانها بمنزلة الخواص مولها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارمها الا فارقا عن
رضي الله عنه اذا رأى جارية متنقبة علاها بالدرة وقال الى عند الخمار يا فاجر انتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رح
انه يباح لا الى الفاخذ والبطن لانه عورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيه وعجمها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستولدة
كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة والاكتساب والانزال عند محمد رح والاصح لوجود الضرورة
فيهن في ذوات المحارم لحاجة الخدمة قال ولا بأس بان يمس ذلك اذا لم يرد الشهوة وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا
رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى اذا كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استعمال وفي غير حالة الشراء يباح النظر و
المس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت لا تعرض في ازار واحد معناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهى وتجامع مثلها فهي كالبالغة
لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والنصرانية في النظر الى الاجنبية كالمسلمة لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله قال الشارح العيني هنا ايرادان على
المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وانما اخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا اشياخ بن محمد بن فضل عن مطرف عن
رجل عن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله واخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن شهر بن حوشب الخصاء مثلة ذكره في كتاب الحج
الثاني انه لا يدل على مدعاكم فان كون الخصاء مثلة لا يدل على ان نظر الخصي الى الاجنبية كالفحل الى هنا كلامه اقول كل من ايراديه ساقط اما الاول فلان حاصله عدم
ثبوت هذا القول عن عائشة رض عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد او بطريق الارسال وقد روي ذلك
عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب اصحابنا بطريق الارسال وتقرر في علم الاصول ان مرسل الصحابي مقبول بالاجماع ومرسل القرن الثاني
والثالث وان لم يقبل عند الشافعي بدون ان يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا انه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق
حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هو لا يقبل عند بعض اصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رض ان كان من
مراسيل القرن الثاني او الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو ايضا مقبول على القول
المختار من اصحابنا واما الثاني فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة رض كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتبرات فدلالة اثر عائشة
رض على المدعى اظهر من ان يخفى ثم اقول ولكن بقي شيء وهو انه قد ذكر في اصول الفقه ان قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا
اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لان لا وجه له الا السماع او الكذب والثاني منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان
القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر ان ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس
على ما تقرر في كتب الاصول حيث قالوا ولانه فعل مجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة رض المذكور هنا فيلزم ان لا يوجب التقليد فكيف
يتم الاستدلال به قوله وكذا المجبوب لانه يستحق وينزل قال بعض المتأخرين ويستحق بفتح الياء وينزل بضمها اي بفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير
المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى اقول الصواب ما فعله العيني لانه لو كان معنى ينزل هنا بفعل الانزال كان هذا
الفعل المتعدي منزلا منزلة اللازم القاصر الى نفس الفعل كما في نحو ذلك فلان يعطي ابن يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح

والحاصل انه يوخذ فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته
الا الى ما يبدو للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي له قوله تعالى وما
ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه محل غير محرم ولا زوج والشهوة
متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما
لا تغركم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها
لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق المرأة
فقضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تجب العدة والمهر ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق المرأة بغير اذنها ويستبد به المولى

وغيره ليس في ذلك المعنى ويصح ههنا اذا لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان ذا تحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك
بعلة حرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل ههنا بالمني حتى يتم المطلوب **قوله** والحاصل انه يوخذ
فيه بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه اي يوجد في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء اي في الخنث الذي اعضائه لينة
وتكسر بالمعل الخاتمة ولا تشتهى المنا على سبيل الاستخدام انتهى اقول الحق ما قاله تاج الشريعة اما اولا فلانه يصح ان يوجد في كل واحد من الاصناف
الثلاثة المارة اعني الخصي والمجبوب والخنث بحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وكذا قوله تعالى ولا
يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلاثة جميعا والمقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل
آخر اقوى مما ذكره اولا جامع للصور الثلاث معا كما ترى واما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في غيرها تلخيصا
لذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو اريد بالضمير
المجرور في قوله يوخذ به الخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها
اصلا كما لا يخفى على ذي فطنة **قوله** والمراد بالنص الا ما قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغركم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال صاحب
النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه
ورده صاحب الغاية حيث قال اراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما اطلق السعيد ليتناول السعيد بن سعيد بن
المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد هولاء
الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك ان المشترك يتناول
معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون
الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هولاء الشراح وقال الشارح
العيني بعد نقل كلام هولاء الشراح ونظر صاحب العناية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم اما ورده فلانه لم يستعمل احد من السلف
لفظ سعيد من غير نسبة واراد به سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير واما ان تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك
ههنا لان الاشتراك ما وقع لمعان انتهى اقول كلاهما خليه ليس بشيء اما الاول فلانه لا شك ان العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب او سعيد
بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده
على احدهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما ذهب
اليه هولاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق واما الثاني فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر امره في علم النحو كيف يمنع ثبوت
الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وقع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان اراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك ايضا بلا ريب

ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها في النكاح **فصل في الاستبراء وغيره**

وان اراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد او لوضع متعدد او لشيء كان ذلك المتعدد والموضوع له والامر في العلم المشترك كذلك فانه لا يتناوله ستيان بوضع واحد بل لكل واحد منها وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاما بوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض انتهى اقول ليس ذاك بصحيح اما اولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث ايضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن فان مقتضى ما ذكره ان لا تدخل الاما في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن مع ان دخول الاما فيه مجمع عليه واما ثانيا فلان اللازم من كون المذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم دخولهم في جانب الغاضين من ابصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من ابصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضا من ابصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل المذكور من المماليك في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين اصلا وانما يلزم ان يكون احدى الآيتين مبينة لما في الآية من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن على تقدير ان لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو عند هذا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن او آبائهن او آباء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينات للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من رزق النظر وحقق قوله ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح يعني قوله واذا تزوج امته فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما ان لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز النجس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لكان فوت الولد الذي لها فيه حق والحق هنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فيعم لكن حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال الا يرى ان من الرجال من لا ماله وهو يجامع امرأة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على ان حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ايضا انتهى واورد عليه بعض الشارحين بعد نقله حيث قال اقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لما فيه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي ان لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك ان حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها الا يرى ان للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين ان الوجه في ان لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماله وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح آخر الاستبراء لانه احترز عن وطي مقيد والمقيد غير المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت ان الاحتراز عن الوطي المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة او الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهي عن اللمس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطي انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلانهم ما قالوا ان الاحتراز عن الوطي المقيد بعد الاحتراز عن الوطي المطلق حتى يتوجه السؤال

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها ولا اصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السببية في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص

بابين الاحتراز عن الوطى المطلق فيما سبق بل مرادهم ان الوطى المقيد نفسه بعد الوطى المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطى المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطى المطلق وكيف يتوهم ان يكون مرادهم ان الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فاما تصور ان يكون الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق واما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح ان يقال الوطى المقيد بعد الوطى المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية واما الثاني فلان بناءه على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وايضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطى لان النهي عن المس اذا كان نهيا عن الوطى كان العنوان بالمس عنوانا بالوطى ايضا فكان ينبغي ان لا يعنون الفصل السابق بالوطى استقلالا كما لم يذكر فيه النهي عن الوطى استقلالا ثم اقول الظاهر ان مرادهم بالوطى المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسالة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل ان يطأ الرجل فاذا قرب الانزال اخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطى المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطى في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه وان المراد بالوطى المذكور في عنوان الفصل السابق ايضا ما في ضمن تلك المسالة كما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها اقول في اطلاق هذه المسالة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه او كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد ان اشتراها ذلك المشتري وقبضها او كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد ان اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا في حيلة الاستبراء مع ان كلا من هاتيك الصور داخلة في اطلاق هذه المسالة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور قوله لانه هو الموجود في مورد النص قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان الشبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر ان التملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر المسبب فلا حاجة الى استبراء المتملك انتهى اقول كلامه ساقط اذ لا شك ان مراد النص حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك واليد فالمعنى لانه اي استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما يقتضي ان يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبي كما لا يخفى على من تامل في تقرير النص في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلا عليها على ان تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السببية باوضح الوجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لانا نقول ذلك لسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة وهذا هو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر ان الملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك ممنوع ايضا فان علة الاستبراء ارادة الوطى والمشتري هو الذي يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سياتي في الكتاب فمن اين كان استبراء المتملك قبل مباشرته السبب ظاهر ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المتملك بناء على توهم شغل الرحم بالمحترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقة ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه

في الكتاب قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه اورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليهم انهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من مائين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف نبوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو ان لا يتبين ان الولد من اي ماء انعلق يرشد اليه قول المص والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط اذ لو وطيها قبل ان يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدري انه منه او من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط المائين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين في المقامين قوله وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد اختلفت الناظرون وفيه فقال صاحب العناية قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى اقول فيه خلل فان تفسير المذكور بشيء بارجاع ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم وليس بسديد لان الامر في حقيقة الشغل بماء محترم ايضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على انه لم يذكر ما يصحح عمل هذا ان يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك لا ذا شك ان توهم الشغل بماء محترم ليس نفسه ان يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع ان وان قياس انتهى اقول فيه ايضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن ان يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطي ونظرا الى علته والتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما تدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يبع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد ان استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف في محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتامل اقول في هذا المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مذكور قبله فالمعنى وهو اي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو لكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الامة من قبل في ملك الغير نكاحا او يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم والكان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطيها لانه اخرج الكلام مخرج ايضاح الشرع لان وضع الشرع ان لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم بان لا يكون من بغي وقال انما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحاملة من الزنا لا يحل وطيها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتاخرين في توجيه هذا التقييد بماء محترم مسلكا اخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز لا استبراء فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطيها لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماء زرع غيره كما مر في

غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك ؛

كتاب النكاح الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى هنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطيها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطى الجارية المزنية للتملك بلا استبراء كيف والذى سبق فى كتاب النكاح هو انه اذا راى امراة تزنى فتزوجها حل له ان يطاها عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا احب له ان يطاها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما فى الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه انه لا خلاف فى وجوب الاستبراء فى الشراء مطلقا وانما الخلاف فى الاستبراء فى نكاح المزنية والكلام هنا فى الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب اصلا والثانى ان قوله فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطى بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء فى باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف فى كل جارية مملوكة وان كان مراده انه اذا جاز وطيها بلا استبراء فى صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى فى تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله فى دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل الماء يتم ان لو كان الاحتراز فى قول المص بماء محترم قيد التوهم الشغل فقط لا المجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المص ان يكون قيدا للمجموع وقد افصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال فى شرح قول المص وهو ان يكون الولد ثابت النسب وهو اى احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة او توهما ان يكون الولد الحاصل عنه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها ايضا والرابع ان قوله على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل ليئلا يسقى ماء زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح مما لا حاصل له هنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى قوله غير ان الارادة امر مبطن فيه ان الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى قال صاحب العناية فى بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه ارادة ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطى ودواعيه وقال ولعل الاولى ان يقول فان الظاهر ان المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن الشرعى انتهى اقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام اما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطى ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطى والمنع من الشئ انما يكون عند القدرة عليه الا يرى انه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة فى بيان ان الاستبراء يجب على المشترى لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطى والنهى انما يستقيم عند تمكن الوطى والتمكن للمشترى لانه هو التملك لا على البائع لانه معرض انتهى واما الثانى فلانه كيف يكون المراد من التمكن هنا هو التمكن الشرعى والظاهر ان التمكن الشرعى مما هو محرم شرعا غير متصور والوطى قبل الاستبراء محرم قطعا ولا شك ان علة الاستبراء متحققة عليه فلا بد ان يكون دليلا ايضا متقدما عليه المفروض انه هو التمكن من الوطى فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعى دون التمكن الطبعى لزم ان تمكن من المحرم الشرعى

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك ومن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب واداره الاحكام على
الاسباب دون الحكم لمظنونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وبالحيضة التي حاضتها بعد الشراء
او غيره من اسباب الملك قبل القبض وبالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب
كذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجارة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري وبالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل الكتابة بها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية
المشتري فيها شقص واشتراه الباقي لان السبب قد تم لان الحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض في مجوسية او مكاتبة باكتسابها بعد الشراء ثم سلمت
المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتض للحل والحرمة لمالكه كما في حالة الحيض ولا يجب استبراء اذا رجعت الامة او ردت المغصوبة
او المبيعة او فكت الرهن لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فاذا حكم عليه وجوده وعدمه فانتفاء كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى فاذا ثبت وجوب الاستبراء
وحرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك اعتبارا لظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا تحتمل الوقوع في غير الملك وعندهما ان تشتهي
فالدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول ادعى الى الوطء وفي المبيعة ادعى وعند ابي يوسف لا تشتهي لانها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لانه لا يظهر بالحبل

تكلما شرعيا وهو ظاهر الحدوث تامل قوله وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك ومن لا يحل له وطيها وكذلك اذا كانت المشتراة
بكرا لم توطأ لتحقق السبب واداره الاحكام على الاسباب دون الحكم لمظنونها وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه
صدر الشريعة في شرح الوقاية واجاب حيث قال يرد عليه ان الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا
او مشترية ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي ان لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب انه انما يثبت بالنص
لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة فان السبايا لا تخلو من ان تكون فيها بكرا
او مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب
الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تابد ذلك الاجماع الى هنا كلامه واجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه
اخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشترية ممن لا يثبت نسب ولدها منه اما في الاول فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون
زوال العذرة واما في الثانية فلما ذكر في الكافي من ان المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان
الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته حاصل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال
بعض المتاخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على ان وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكمة لتلك الانواع لا لتكون
الحكمة حكمة فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان الثاني
فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء لطلبه لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه
وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما
لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه نعم قوله فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج
عن سنن الصواب هذا فان ماله الاعتراف بعدم صلاحية ما عده اساطين الفقهاء حكمة في هذه المسالة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه
المتشرع ثم اقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو ان قوله فلما ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا
ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس ان
لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فانى تيسر اثبات الحكم في سائر اسباب الملك بطريق القياس فالوجه ان
يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر قوله ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم قال في
العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك
باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير
بشرط القياس كما عرف موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان الدليل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع

بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي رواية الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة
واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها
تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد اربعة اشهر
وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن ابي حنيفة رح سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح قال
ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع
لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها

في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون
للاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها
في المسبية امرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها امران قصدا اعتبرت الى لفظ العناية اقول في قوله فلما كان عليها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر نظر
فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوجدتها لا تنافي اعتبارها ولا يضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل من احد
ان العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط وكان الاكتفاء فيها
بعلة واحدة اولى والظاهر ان الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء وفي غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام
او لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك ان كلمة او تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل
بالعلة الاولى كما في الظهار والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما سيجيء في الكتاب هذا وقد اول بعض المتأخرين على قول صاحب
العناية ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال
بعد نقل ذلك ولا يخفى ان كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مهم انتهى اقول ليس هذا بمستقيم اما اولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل
جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغير كما عرف في علم الاصول
والاستثناء انما يجوز ان تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغير في هذا الطريق فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن
قواعد اداب المناظرة واما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر في اصول الفقه ان من
شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر ان حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس فتحقق الملك
المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما تتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد اشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم
ان لذلك البعض في هذا المقام كلمات اخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روما للاختصار قوله بخلاف المشتراة
على ما بينا قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني اقول هذا خبط ظاهر اذ
لا فرق بين المسبية والمشتراة في كون الرغبة في كل واحد منهما اصدق الرغبات فكيف يصح ان يشير المص في بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق
بينهما فيه اصلا وانما الصواب ان قوله على ما بينا اشارة الى قوله او لاحتمال وقوعها في غير الملك اعني اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق
بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها تحتمل وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي قوله والاستبراء في الحامل
بوضع الحمل لما روينا قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا حبالى حتى يضعن حملهن انتهى اقول قد انتهى الشارح المذكور في
لفظ الحديث الذي رواه المص فيما مر حيث قال ولا حبالى حتى يضعن حملهن مع ان لفظه الا لا توطأ حبالى حتى يضعن حملهن ولا بكر حتى يستبرئن بحيضة لعمري ان هذا كان اظهر من ان
يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فاتدبر حافظا قوله والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها قال البعض التقرير

ولو كانت فاحلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك الموكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء او لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا اراد ان يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم تكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتريها فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد انه يتحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المولد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التعاطي التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى ههنا كلام ذلك البعض اقول فيه خلل اما اولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه وليس تام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول بعض المشائخ ومختار نفسه واما عامة المشائخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة اخرى وهي ان يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء واما ثانيا فلان قوله يريد انه يتحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك الموكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث الملك الموكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب ان يقول وهو حدوث الملك الموكد بالقبض بعد ان لم يكن فرجها حلالا له بنفسه والنكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي بتلك طريقة المص ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تخصيص السلم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لانم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا له بالنكاح الا انه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل اما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله واما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا ان نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو اثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل من الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد ان لم تكن حلالا له بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه تعديد محل نظر اذ لقائل ان يقول الشراء سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم او لا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاط اصلا فتامل فان هذا من المطارح الى ههنا لفظ ذلك البعض اقول ما اورده في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان اراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان اراد به انه يتعقبه ذاتا اي يتوقف عليه فمسلم ولكن لا يلزم منه ان يكون

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عدا زناها لقصور
مدتها وقد روي ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان
فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك
او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين و
لا يعارض لقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء
بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما او لو وطئهما ليس له ان يجامع احداهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا
قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا

زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزوم تاخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تاخره عنه ذاتا مم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن
لا يلزم من خلو زمان عن الحل مطلقا فيما نحن فيه حتى يجب الاستبراء قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال صاحب النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة
ايام في كل شهر فكان قريبا بخمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية اي قريب شطر عمرها و
هو الثلث والمراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال
الشافعي علينا بالحديث ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى اقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا وهو قوله عليه السلام في دين
المراة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي وجه استدلاله ان المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان اكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشارح هناك
حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبلة وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر واذا
بالعشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما اشار اليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والشطر في الاقرب
لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا اصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم صلاحية
عمر المراة لها كما بينوا بل لا بد وان يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكره واقاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا ايضا
فكان صاحب العناية نبي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتقدمين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثاني دون
الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا اول بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة ايام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم
ان الشطر لا يجيء الا بمعنى النصف انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان مجيء الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف
الشيء وجزؤه منه حديث الاستبراء فوضع شطرها اي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في ان يكون الشطر حقيقة في معنى البعض ايضا فان اكثر
كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض ايضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض
في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي ايضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها او في قريب من نصف
عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المص هنا على النصف واوله بالقريب
من النصف ليوافق مذهبنا في اكثر مدة الحيض قوله واصل هذا ان الجمع بين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وامكن هنا بان يحمل قوله وان
تجمعوا على النكاح وقوله او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد هنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا
ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص اجماعا فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع
انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول في كل من وجهي الجواب نظرا اما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان
يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطيا بملك اليمين ايضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه ايضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس

وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا
اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احدهما واجارتها
وتدبيره لا تحل الاخرى لانه لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا تزوج احدهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي
الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احدهما حل له وطي الموطوءة
دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين
قال يكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله
لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه

تام اذ قد تقرر في اصول الفقه ان عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر ان افادة عموم قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم
حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطيا بالعبارة ولا اقل من ان تكون بالاشارة فيلزم ان يترك بها دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطيا
على مقتضى قاعدة الاصول واما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا لتمكن
الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح ان يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام ايضا اذ قد تقرر ايضا في اصول الفقه
ان العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولا متاخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا للعام في القدر
الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر ان مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى
او ما ملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتامل قوله
وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره قال صاحب الغاية قوله فينتظم التمليك بسائر اسبابه اي اسباب التمليك
كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى اقول في بعض تمثيلاته خطا وهو الوصية والميراث والكتابة اما في الوصية
والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه لا يجامع واحدة منهما
ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح فان شيئا من المجامعة والمس والنظر لا يتصور
بعد الممات على ان نفس التمليك ايضا على حقيقته غير متصور في الارث واما في الكتابة فلانها معلقة بالاعتاق كما سيصرح به المص بقوله وكذا الكتابة
كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله او يقبلها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره واذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف
قوله او نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غير ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف من معنى الكتابة شرعا قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا الثبوت
حرمة الوطي بذلك كله قال صاحب الغاية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في
كلام العرب غير مشهورة انتهى اقول هذا كلام عجيب اذ لا شك ان مراد صاحب الغاية ان كلمة كذا ههنا زائدة اي مستدركة لا انها زائدة كزيادة بعض
الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب الغاية الدخل لا التوجيه فما ذكره
العيني لغو محض ثم اقول يمكن توجيه عبارة المص بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو ان مراد المص وكذا اي وككون اعتاق البعض من
احدهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق اي كاعتاق الكل فح يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في
قوله وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها هو التشبيه ايضا بما قبله فكانه قال وايضا الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك
في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطي بذلك كله فتدبر قوله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه
اقول كان الظاهر في التعليل هنا ان يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطي فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي ان لا تحل له الاخرى الا يرى انها
لا تخرج عن ملكه بالكتابة ايضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح هنا ايضا فيما قبل مع انه اذا كانت احدهما تحل له الاخرى كما مر انفا

ولهما ما روى ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

وحل الملك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتاخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك اليمين او ملك النكاح قوله واما ما روى انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكامع المرأة قبلها وقال في القاموس نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملاءمة الرجل بالرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع احد غيره الا والغالب انه يعانقه انتهى اقول ليس هذا شيء لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه ان تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وانما الذي يلزم ان تستلزم المكامعة والمعانقة في الغالب لا شك ان احد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احدهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد هنا لان المضاجعة لا وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة اخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتاخرين وفسرها المص بالمعانقة مع ان المكامعة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها بناء على ان الكلام في المعانقة والظاهر ان ما نهي من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على ان المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة في القاموس كامعه ضاجعه في ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية فيه رد على صاحب الغاية اقول كل من مقدمات كلامه مجروح اما قوله بناء على ان الكلام في المعانقة تعليل لتفسير المص المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه واما قوله والظاهر ان ما نهي عن المضاجعة عن ما كان على سبيل المعانقة ممنوع اذ لم يقل احد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل اطلقوها قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملاءمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التي نهي عنها في الحديث ان يضاجع الرجل الرجل لا ستر بينهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملاءمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه في ثوب واحد لا ستر بينهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن ابي عبيد القاسم بن سلام وابن وزيد وغيرهما وكذا حكاه الازهري والجوهري انتهى واما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع ايضا اذ لا شك ان شناعة المضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا ستر بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة واما قوله على ان المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد اصلا لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة الا ان معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له في التحقيق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن اين يحصل الرد عليه

الغاية

فصل في البيع قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط وفي الصحيح ان الخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن عاين بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يشتريها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاسد قلة التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان فائدة المستعان

فصل في البيع قال الشراح آخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطي لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم انتهى اقول كان المناسب لسياق كلامهم ان يقولوا وما كان متصلا كان احق بالتقديم الا انهم قالوا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تاخير هذا الفصل ووجه تاخير الفصول السابقة بعضها عن بعض ايضا لان ما هو المتقدم منها اكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتاخر كما يظهر بالتامل الصادق **قوله** وهذا اذا كان ثقة قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته ولوجاهته انتهى واقتفى اثره العيني وقد سبقهما الى ما اخذ هذا السوال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا وتاويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على اي وصف كان يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب بمروته انتهى اقول لا السوال شيء ولا الجواب اما الاول فلان المص لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على اي وصف كان نعم قد ينبه بقوله وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضمير فيه لان المستفاد من قوله على اي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات كلامه ههنا تفصيل لما اجمله فيما قبل ولا بعد في ان يفيد التفصيل بالا يفيده الاجمال واما الثاني فلانه لو كان معنى قول المص ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة ان يكون من يعتمد على كلامه كما توهمه هولا الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق اذ يصير معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شان من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور ان يكون اكبر راي السامع انه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على عدم لزوم الاعتماد على كلامه اذا المفروض في الجواب المذكور جواز كون الفاسق ايضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه اعم من العدل لا شك ان عدم لزوم الاخص شيء لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب ان مراد المص بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل لا تناقض بين ذلك وبين قوله على اي وصف كان اصلا كما تحققته آنفا وحاصله نفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المجتبى حيث قال وهذا اذا كان المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة او كان لا يدري انه ثقة او غير ثقة يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا نظر فيه فان كان اكبر رايه انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري انه ثقة او غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشائخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه ان المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون ان كل احد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل

وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق وان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض شيئا من ذلك لان
اكبر الراي بمنزلة تمام اليقين كذا اذا لم يعلم انها لفلان لكن اخبره صاحب اليد انها لفلان انه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر
الراي لان لغير الثقة حجة في حقه وان لم يخبر صاحب اليد بشيء فان كان عبدا ولا يشتريه حتى يعلم انها ملك البائع لان اليد دليل الملك ولا يعرف ذلك له ان يشتريها
وان كان في اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون شيئا لا يملك
مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها جاز ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي تلقاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى
يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيما اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل ان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي لم يشترها القياس الخبر فلا بد
من حيلة قال ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة وانا بها بكذا بدمن زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان
اكبر رايها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا
قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة
لفلان فاعتقني كان الكل طلاقا واحدا وخبر الواحد يثبت اصل النكاح كان فاسدا لكان الزوج حين تزوجها مرتدا او لقاها على الرضاعة ثم يقبل في الحد تشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان

وقال بعض المتأخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان يعني عدلا كان او غير عدل صبيا كان او بالغا حرا
كان او عبدا مسلما كان او كافرا رجلا كان او امرأة لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان يعتمد على قوله اذا كان وجيها
في الناس ذا مروءة لانه لا يميل الى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروءته فلا منافاة بين اشتراط عدم العدالة كما دل عليه قوله على اي وصف
كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثاني اعم من الاول ولو سلم فلا منافاة ايضا لان الاشارة بلفظ هذا الى
كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله
وكذا اذا كان غير ثقة الا ان قبوله يكون مع ضميمة التحري الموافق الى هنا كلامه اقول فيه فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة
يعتمد على كلامه ينافي قول المص وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثاني ان قوله وبين
اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المص وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة لو اقتصر
الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا كان غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث ان قوله
ولو سلم فلا منافاة ايضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة ايضا ولا شك
ان تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم الا ان يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله
لان الثاني اعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الى آخره فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الاول فلا منافاة
ايضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات خطأ
البطلان لان المص وغيره عللوا كونه في سعة من ان ابتياعها ويطاها يكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على اي وصف كان فلو كان
الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص والخامس ان قوله فان قوله
يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد
قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك ان قول المص وكذا اذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب
ان محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما اشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا
يقبل قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم ان يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان ثقة على ان يكون
لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة ايضا
ويكون قول المص وكذا اذا كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برهنة خارج
عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب **قوله** وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة
للحاجة على ما مر قلت تعليله بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما سنبينا

وكذا اذا اخبره مخبر انك ترتضع جاريتي مرتدة او انتك من الرضاعة لم يتزوج باختها وامها وهو لها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن للاقدام على العقد
بدل على صحته وانكار فساده فيثبت للنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه
لان القائم طارئ لا يدل على انعدامه فلم يثبت للنازع فافترقا وعلى هذا الخرف يدور الفرق وكانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها ادعى رجل انها له
فلما كبرت تعبر عنها رجل في يد آخر فقالت انا حرة لا سبيل لي عليه ان تزوجها المتحقق للنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا بلغ المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين
فانه يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك
المشتري فلا يأخذ الدين من مال ليس له وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في القوت لا في الادميين والبهائم
اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به
حق العامة وذلك بمنع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضرهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس
ملكه من غير ضرر بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب عن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلتبس على التجار سعر البلدة فان التبس فهو
مكروه في الجلب لانه سادهم وتضييق الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتمر والقت قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
ان كان ذهبا او فضة او نقودا وعن محمد انه قال الاحتكار في الثياب قول ابي يوسف اعتبر حقيقة الضرر بالذهب الموثوق في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المتوهم في المتعارف ثم المذ
اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر قيل هو مقدر باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين
ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع دقة التفاوت من الاثر بين ان يتربص العزة
وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة

عليه بقبل اذا لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول خبير الثقة اذا كان
اكبر الرأي انه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام
الذي ظهر مما ذكره هنا هو ان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكون الاعتماد في قبول قوله اذا كان خبيرا على ان يكون اكبر رأي السامع انه صادق وقد مر في اوائل كتاب الكراهية انهم فرقوا بين المعاملات والديانات
بانه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان اكبر رأي السامع انه صادق فكان
ما ذكره هنا مخالفا لما مر هناك لان ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر هنا في المعاملات ايضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا
الاشكال فذكر اجمال ما ذكرناه واجاب عنه حيث قال يرد على المص انه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول اكبر الرأي لا يبقى فرق بين المعاملات
والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات ايضا باكبر الرأي على ما مر وجوابه ان خبر الفاسق انما يقبل في الديانات باكبر الرأي اذا حصل
بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى اقول جوابه ليس بشيء فان اكبر الرأي لا يمكن ان يتحقق بدون التحري اذ التحري
طلب ما هو احرى الامرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة ما لم يطلب ذلك لم يتوجه اليه كيف يتصور حصول اكبر الرأي فلا معنى لعدم
اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط اكبر الرأي فيه وانما اعتبر اكبر الرأي فيه اعتبار التحري بينه وبين هذا وقع التعبير في بيان هذه المسألة بعينها
في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل اكبر الرأي حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في
ذلك فان وقع تحريه على انه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على انه كاذب لا يحل له ان يشتريها منه وان لم يكن له رأي يبقى ما كان على
ما كان كما في الديانات انتهى ثم اقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره ايضا وان هنا قال المحقق التفتازاني في التلويح
ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر
القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره
في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان تكون في المسألة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في
اوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح ان المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لانه هو الحاسم لمادة الاشكال لان
الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والان ايضا اقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين المتخالفين
في هذا الكتاب وغيره قوله لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين قال صاحب العناية يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا يرى ان من
تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل
على غيره ليلا شاهر سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رأيه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل
بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين اي في كثير من الاحكام حتى يجب شيء كالتوجيه الى

قال ابن الشحنة وفيه نظر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان يكاتب ويكاتب ذلك له ان يبيع واما الثاني فلانه
قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما هم في المصر وجلب الطعام اذا قال ابو يوسف يكره اطلاق ما رأينا وقال محمد يكره لكل من يطلب منه الى المصر وقيل
بالاتفاق مصر ... لا ... في ... حق العامة ... بخلاف ما لو كان البلد بعيدا لم يجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال
الاتقاني ... قوله عليه السلام لا يسعر ودل انه هو لنسبة الغالب البائع ... ان الثمن حق العاقد فيه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه
الا اذا تعلق به ضرر العامة ... والاشارة الى الثاني حل الاكراه بالحبس بيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار الشفعة في ... عن الاحتكار
في ... ويجبر ... الى ... ان ... الطعام ... ويتعدون عن القيمة ... الشارح ... عن ... حقوق المسلمين ... بالتسعير ... ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وقال الطحاوي عن
ابي حنيفة رحمه الله لا يرى الحجر على الحر مكلفا عنده الا ان يكون الحجر على قوم بعينهم ومن باع منهم بما ذكر ... الا الامام صح لانه غير مكره بل البيع وقال بيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قبل ... الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة ... الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع
السلاح في ايام الفتنة ممن لا يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بينا في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه
خبر الاستمرار الفتنة ... بالشك قال ... بيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا ان المعصية لا تقام بعينه ... بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن ... بيتا ... كنيسة ... او يبيع فيه الخمر بالشرط ... عند ابي حنيفة ... لا ينبغي ان يكاتبه شيء من ذلك لانه اعانة على المعصية

جهة التحري ويحرم به شيء كالصلاة اذا توضأ بماء آخر بخبر ستة غير ثقة واكبر رأيه انه صادق فيجب اكبر الرأي دليلا شرعيا ايضا فيما نحن فيه بل فيما هو اعظم
منه كالفروج والدماء وقال في الحاشية ومن قال تفسير قوله لقيام مقام اليقين يعني فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء فقد سهى انتهى اقول نسبة السهو اليه
في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما اف فانه
نهى عن الضرب ايضا بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شان الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه قال ايضا في الاصل
في هذا المقام واكبر الرأي يجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته الخ
كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى انه ايضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك
اخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور وهو كالفروج والدماء
جاز العمل باكبر الرأي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك اولى انتهى **قوله** لان القاطع طار والاخذ امر الاول
لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في العقاد والنكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم
القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك
الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح
قال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات
فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا اخبر واحد عدل بحل طعام فيوكل او حرمته فلا يوكل لان الحرمة لا تنافي الملك
واما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا تثبت به الحرمة كما اذا اخبر عدل للزوجين انهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور
مع بقاء ملك النكاح فانحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه اقول بحثه ساقط جدا لان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو ان
خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على ان بطلان الملك لا يثبت
بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه انه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل واما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب
الحال فيقبل فبناء الاعتراض هنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هناك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل
موجب لزواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد اقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة اصلا بخلاف
خبر الواحد فكان الجواب المذكور هنا تفصيلا للاجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جوابا شافيا قد انحل به الاشكال كما لا يخفى **قوله** وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس به لانه
يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال بعض المتأخرين قوله لانه يحتمل ان لا يستعمل في الفتنة احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فلا يشك على معناه المصطلح انتهى
اقول ليس هذا الشرح صحيح لان كون احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ممنوع كيف وامور المسلمين محمولة على
الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب العناية وغيره فتعليل هذه المسألة في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ان لم يكن احتمال ان لا يستعمله في الفتنة

وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما
قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد
الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل الذمي خمرا فانه يطيب
له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل
فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل للقربة بقصد المعصية قال ولا باس بتيم بناء بيوت مكة ويكره بيع اراضيها وهذا عند ابي حنيفة رح

اقوى وارجح فلا اقل من ان يكون مساويا للاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا
مرجوحا كان احتمال ان يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي ان يكون بيع السلاح من مثله في ايام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على خلافه وبالجملة لا وجه
للشرح المذكور اصلا قوله ولهذا ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو
المختار فيه فقطع نسبته عنه اقول يتنقض هذا التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح في هذه المسئلة بمسائل متعددة كثيرة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى
قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شيء منها من واحد من ائمتنا منها انه اذا استاجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك
لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استاجرها ليصلي فيها وصلوة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه واي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان
الاجارة على ما هو طاعة او معصية لا يجوز انتهى ومنها اذا استاجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا ليصلي فيه المكتوبة او النافلة فان هذه الاجارة
لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي يجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا ان الاجارة
على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استاجر رجلا للاذان او الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا
انتهى ومنها انه اذا استاجر ذمي من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلوتهم طاعة عندهم معصية عندنا واي ذلك كان
لم يجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى ان التعليل المذكور في الكتاب من قبل ابي حنيفة رح في مسئلتنا يقتضي ان لا تبطل الاجارة في تلك المسائل
ايضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليست بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية
بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته ذلك الفعل عن الموجر فينبغي ان تصح الاجارة فيها ايضا عنده مع ان الامر ليس كذلك كما عرفت فان
قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا ان يجعل منفعة عين العقد لاجل الطاعة او المعصية تاثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن
الامر كذلك فيما نحن فيه ايضا والحاصل ان الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتامل ثم انه ذكر في الذخيرة
والمحيط اذا استاجر الذمي من المسلم دارا ليسكنها فلا باس بذلك لان الاجارة وقعت على امر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر او عبد فيها
الصليب او ادخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يواجر لها انما اجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو اجر دارا من فاسق كان
مباحا وان كان قد يقضي فيها ولو اتخذ فيها بيعة او كنيسة او بيت نار يكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام واراد بهذا اذا
استاجرها الذمي ليسكنها ثم اراد بعد ذلك ان يتخذ كنيسة او بيعة فيها فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز الى هنا
لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط والاخفاء فيما بينه وبين ما ذكره المص من التنافي اقول ان التنافي
بينهما ممنوع اذ يجوز ان يكون بناء قول شيخ الاسلام فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز على قول ابي يوسف ومحمد في
هذه المسئلة لكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما ان لو قال لا يجوز عند ابي حنيفة او قال لا يجوز عندهم
جميعا وليس فليس وذكر احد القولين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب المتون

وفي لا باس ببيع ارضها ايضا وهذا رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء وكابي حنيفة قوله عليه السلام الا ان مكة حرام بيع رباعها ولا تورث لانها احرزه بحرمة الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك البائع ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من اجر ارض مكة فكانما اكل الربوا وكان ابي

مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها سكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ماشاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزا فجزا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله اعلم

يذكرون قول ابي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بانه لا باس عند ابي حنيفة ان تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الاسلام ان يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المص صريح في ان اجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية انما صحت عند ابي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشربه لان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما ايضا من التنافي انتهى اقول كون كلام المص صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز ان يكون قول المص وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب فان في المسئلة المذكورة صورا ايجاز البيت لان يتخذ فيه بيت نار وايجاره لان يتخذ فيه كنيسة وايجاره لان يتخذ فيه بيعة وايجاره لان يباع فيه الخمر ولا شك ان اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية لغوية ايضا لكون الكفار مخاطبين بالايمان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي الايمان فكانت معصية قطعا وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز ان تكون الصور الثلث الاول مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المص وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن الموجر واما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالامران فح لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المص على كون بيع الخمر ايضا معصية للذمي فلا خير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشائخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في اصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرائع ام لا فيجوز ان يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المص على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها قوله وقالا لا باس ببيع ارضها وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان عقارها عرضة التمليك والتملك انتهى واصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى اسامة بن زيد انه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور وكان عقيل ورث ابا طالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من اجل ذلك يقول لا يرث المومن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل على ان ارض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما تركه ابو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر ما في الكافي واصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي الا يرى الى صحة هذا الحديث ايضا لو كانت الاراضي والابنية عليها مملوكة انتهى اقول لا يخفى على من له ادنى تمييز ان الحديث المذكور يدل على ميراث الارض قطعا اذ قد ذكر فيه انه عليه الصلوة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك ان كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشتمل البناء والعرصة

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ولا تعشروا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الاكي والنقط بحفظ الاعراب انكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك رح يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عن حد الجنب يجنب المسجد وبه احتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فيعم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية

التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وعمل ترك لنا عقيل من رباع او دور ما ترك لنا شيئا من البناء والارض واذا كان وجه عدم ترك شيئا من ذلك استيلاؤه على كل من ذلك بالارث من ابي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ولو الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض ايضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وعن ترك لنا عقيل من مبيت وليس كذلك كما ترى بل لا مجال اصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول اسامة يا رسول الله انزل في دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا باستيلائه على الابنية وحدها لا يقتضي عدم تركه ارضا ايضا حتى لا يمكن النزول في عرصة داره ايضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والعجب انه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في اصل كتابه ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ولم يلاحظ انه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل

مسائل متفرقة **قوله** ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلوة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه اقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المص ما ذكره في فصل القراءة من الصلوة لا صريحا ولا التزاما بل انما ذكره في باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها من كتاب الصلوة في فصل اوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله **قوله** للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا قال تاج الشريعة في حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على ان النهي عن الدخول خاص في حقه لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب انتهى اقول ان قوله لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف ان الكفار هل يجوز لهم ان يدخلوا المسجد الحرام ام لا لا في انهم نجس ام لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتفسير الحصر الذي تفيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب **قوله** ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد اقول لا يذهب عليك ان هذا الدليل لو تم لدل على ان لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي انه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى **قوله** ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد قال بعض المتاخرين ظاهره ان هذا دليل آخر ولا وجه له فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع ان يقال كيف انزله في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم انجاسا انتهى اقول ليس ذاك بشيء اذ لا شك في صحة ان يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد باس لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على اصل المدعى لا ينافي ان يتضمن الجواب عن ان يقال كيف انزل النبي عليه السلام وقد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى

قال ويكره استعمال الخصيان لان رغبة الناس عن هذه الصنعة فيصير مثلا لحرمة قال ولا بأس بالخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس قد
مر ان النبي عليه السلام ركب البغلة ولو كان من النعم حراما لما ركبه بالمنافيه من فتح بابه قال ولا بأس بزيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم لما يجيء عن ذلك وتصح ان النبي عليه
السلام عاد يهوديا ومن جوازه قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمقعد العز من عرشك والمسألة عبارتان هذا ومقعد العز والكراهية الثانية لانه من القعود
تكلا الاول لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى جسيم صفاته قديم وعن ابي يوسف رح انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح لانه ماثور عن النبي عليه السلام
روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمقعد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد كان الاحتياط في
الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه آن قام بها المسير حرام لما
روي انه قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه لفرسه ورماية عن قوسه وملاعبته اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج
لما فيه من تحيل الخواطر لتذكية الافهام وتمرين على الشاهد ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنرد والشير فكانما غمس يده في دم الخنزير لانه نوع لعب يصد عن ذكر الله عن الجمع والجماعة
فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر قمار فامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لانه يتساهل فيه وكره ابو يوسف وجه التسليم عليهم تحذيرا لهم وقيام بواجبه
رحمه بأسا ان يشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهدية الدراهم والدنانير وعدا استحسانا والقياس
على ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب
رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك
شيئا يملك ما هو من ضروراته فلا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس

بكونهم نجسا كما حكى انه عليه السلام لما انزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم انجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من انجاسهم
شيء وانما انجاسهم على انفسهم ومن عادة النص ان يجعل كثيرا ما علة النص دليلا مستقلا عقليا على اصل المسألة افادة للفائدتين معا وان فيه
ايضا من ذلك القبيل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا تقربوا المسجد الحرام بعد عامهم والتعليل في مقابلة
النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فاجاب المص عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء الخ قوله ويكره استخدام الخصيان قال العيني
والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض المتاخرين اقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة
ان جمع خصي هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى واما كون الخصيان
بالضم جمع خصي فلم يسمع من ائمة اللغة قط قوله وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم قال بعض
المتاخرين يرد عليه ان حدوث تعلق صفته تعالى بشيء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز
ثابت له تعالى ازلا وابدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما ان عدم تعلق كمال قدرته
بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته او نقصانا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر الصفات لا مبادئ لها فالاولى في تقرير
الدليل ان يقال كما قاله صاحب الكافي لانه يوهم عزه بالعرش وان عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا
في حيز الايهام فتامل الى هنا كلامه اقول ان صاحب الكافي وان جعل كون لزوم عزه حادثا داخلا في حيز الايهام الا انه علل ايهام ان
عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا
به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي ايضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بين ما قاله المص في ورود ما ذكره
ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى في تقرير الدليل ان يقال كما قاله صاحب الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه
بالمحدث فيكون علة قوله وان عزه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وان لم يصح به اذ لا شيء يصلح لان يكون علة له سواه وعن هذا ترى كل من بين
وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشائخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط واما بلفظ الاول فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش
وان عزه حادث اذا تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد
وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره ايضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش حادث اذا تعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفا به ولا يزال
موصوفا به انتهى الى غير ذلك من عبارات المشائخ العظام في هذا المقام ثم اقول في الجواب عما اورده ذلك البعض الظاهر ان ما هربوا
عنه هنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه بالمحدث اذ قد تقرر في علم اصول الدين ان ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم الى دائرة الوجود
بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو في التعلقات دون اصل الصفات ولا نقصان في ذلك اصلا بل هو
كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هربوا عنه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو ان يكون ذلك المحدث

قال وكان من في يده الهبة لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له واصل هذا ان الصغير في الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من جوز له كالانكاح والشراء والبيع من الاجنبية لان الولي هو الذي قام مقامه بالابتداء وهو اخر ما كان من جرح قول الصغار وهو تصرفه لان للصغير فيه منفعة وتجارة الا انه ربما ذلك جائز ممن يجوز له ويتعلق عليه كالاخ والعم بالاولاد الملتقط اذا كان فقيرا هو اذا املك هذا النوع قال الولي اولى به الا انه لا يفتر طرفي حق الولي ان كان الصبي فقيرا وهو نوع ثالث ما هو نفع محض مثل قبول الهبة والصدقة واقبض هذا ملكه للملتقط والاخ والعم والصبي نفسه اذا كان يعقل لان الاتي بالحكمة فتم باب مثله نظر الصبي فيملك بالعقل والاهلية وصار بمنزلة الاقارب قال ويجوز للملتقط ان يبايع ويجوز الاذن له وللجد ايضا لان الاذن ايضا من الولاية لان الاذن ايضا من العمل لانه عين لك تحض نفعا يجوز الجمع وهو تعليل بعد تعليل ويوضح نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الرايه ويروى الراية وهو طوق الحديد يلقى في عنقه من ابق من الرجل وهو مستعاد من الظلم لانه عقوبة اهل النار فيكره كما هو الذي النار لا يكره ان يقيد لانه سنة المسلمين في السعاة واهل الدعارة للاكرة والعبد يحرز لئلا يفر قد يصيبه تلف ماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي ولان التداوي مباح بالاجماع وقد فرضه بالاحتقان لحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل محرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس بيرس القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له رزقا على اهل اليمن وفرض له ولاده وحبس الناس في السجن فكون نفقته في اهم مال بيت المال وهو الاولى لان الحبس من اسباب النفقة كالاولى وامضاء الصلح بمال المضاربة وهذا بما يكون كفاية فان كان حرفا فحرام لانه استعجال على الساعة اذ القضاء طاعة بل هو افضل اعمال القاضي اذا كان فقيرا لانه افضل بل الواجب لا خذ كفاية لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا بها اذ الاشتغال بالكسب يمنعه من اقامة فرض كل غنيا لانه افضل الاستيلاء على ما يقي بتقاضيه المال قيل لا خذ هو لا يحرم صيانة للقضاء عن الخوان ونظر الى من يولي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع رزقه ما يتعين لاعانة تكثر تسميته رزقا لانه يقال انه بقي الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في قبل السنة لان الخراج يدخل في اول السنة وهو يقبض منه وفي زماننا الخراج يدخل في اخر السنة والمراد من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى لرزقه سنة وخرج قبل استكمالها قيل هو على اختلاف مروي في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استكمال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان لا جانب في حق الامام فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيامه الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

سبدا ومنشا لعزة تعالى كما يوهمه كلمة من في قوله بمقدار العمر من عمر شك اذ الظاهر المتبادر منها في بادي الرأي ان تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك ان التعلق بالحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزة تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى اصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة انهم لا ينبغي ان يخفى على اساطين الفقهاء ما تقرر في علم اصول الدين من جواز تعلق صفات الله تعالى بالمحدثات تعلق افاضة الا يرى ان المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن ابهامه فيما نحن فيه بلا ريب **قوله** قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له قال في النهاية اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولا اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها وزوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاحداثة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكر فخر الاسلام انتهى وقد اطبقت كلمة سائر الشراح ايضا على ان عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من ان الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها اب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير ان صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند انفسهم اقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت مما ذكر في كتاب الهبة انما هو ان عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة او الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهد وابها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه ولالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء ضرورة لا تفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى تامل ترشد وقال بعض المتاخرين وقوله لا اب له اي لا اب له معروف لا ان لا يكون ابوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه اهله في الطرق خوفا من العيلة او فرارا من التهمة فلا يكون له اب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب وهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار الى هنا كلامه اقول ليس هذا ايضا بصحيح فان مراده المعقول عما تقرر في كتاب اللقيط من انه اذا ادعاه مدع انه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز ان يظهر له اب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم اب فيتمشى ما ذكره صاحب النهاية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كان صغيرة متزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على ان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا اب له في مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بان يكون المراد لا اب له معروف لا ان لا يكون له اب في الحيات لانه ان كان المراد لا اب له معروف حين الالتقاط

لا يكون

الصغار مطلقا

كتاب احياء الموات

قال الموات بالا يشتغل به من الارض لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من قصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه وروي عن محمد رح انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الماء لاتفاق ان لا يكون ميتة مطلقا فاما الذي مملوك لمسلم او ذمي لا يكون موات اذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك رد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه وصححه واعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي رح واعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد

فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشان الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا اب له معروف اصلا اي لا حين الالتقاط ولا بعده ولا يصح ان يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم ان لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له اب معروف بعد الالتقاط بان ادعى احد انه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما في المولود من امته فالحق عندي ان قوله لا اب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له اب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط ان يقبض الهبة او لا صدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من ان زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب امورها اليه ولالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبة غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك ان الملتقط داخل في كلية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم ان لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى اقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لان ما ذكروا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا وهنا من المناسبة بين هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة او اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكرك فانه ينفعك في مواضع شتى **قوله** الموات ما لا ينتفع به من الارض لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ما له مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة وذلك ان تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى اقول توجيهه الذي ذكره بقوله وذلك ان تقول الخ ليس بتام فان قيد ان لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي ايضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات ايضا الارض التي لا مالك لها من الادميين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب وكسحاب ما لا روح فيه وارض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي تكون تفسيرا بالاعم ايضا لا يقال اصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي او الشرعي فلم يكن قيد ان لا يكون له مالك معتبرا في معناه اللغوي لانا نقول الظاهر المتبادر من ان يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا اضافة الى العرف او الشرع ان يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد ايضا في قوله في الصحاح والموات ايضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكراه اولا فلا شك ان ما لا روح فيه اعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفا بالاخص وهو ليس باقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر انه يشكل ايضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات ما لا ينتفع

فلابي حنيفة رح فيه عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب بشرع ولانه مضر بهم بسوقه الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس له حق ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها

من الارض تحديد لغوي وزيد عليه في الشرع اشياء اخر بيانها في قوله مما كان حاويا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فموات انتهى تامل تقف **قوله** ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به اقول لقائل ان يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم ان لا يملك احد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك ان كل احد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من اسباب الملك من غير توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مخصص بما يحتاج فيه الى راي الامام وما ذكرنا من اسباب الملك لا يحتاج فيه الى راي الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى راي الامام اول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب **قوله** وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ولاية ان ياذن للغازي بهذا القول وكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لا نصب شرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه له الا ان ياذن الامام به فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك الحديث يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة رح مفسر لا يقبل التاويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت ما رواه عام خص منه الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به اولى قلت ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على راي الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى راي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض بما يحتاج فيها الى راي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وايضاع الركاب كسائر الاموال فكان ما قلنا اولى انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول كل من السوال والجواب ليس بسديد اما الاول فلان كون ما رواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضي كون العمل بما رويناه اولى لكونه مما لم يخص ان لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول اذ يصير العام الذي خص منه البعض به ظنيا كما عرف في علم الاصول واما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم اولوية العمل بما رويناه اذ يصير العام ح منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول ايضا ولا شك ان تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل اخر مفصول عنه واما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج عنها الى راي الامام اول المسئلة لم يقل به الامامية في الارض الموات فبناء الجواب عليه يودي الى المصادرة فان قيل انما يودي الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الى اخره قلنا كونها من الغنائم دليل اخر عقلي لابي حنيفة مذكور في الكتاب بعده والكلام الان في تمشية دليل النقلي فبالمصير الى ذلك الدليل العقلي ههنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه **قوله** ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز اقول في هذا التعليل شيء وهو انه سيجيء في الكتاب ان المسلم والذمي مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذمي فتامل

والاصح ان الاول يتم بهما لان ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك وهو يعني بما مليته ثم احاطه لاحياء
بيان الاولية بمن ابدته بنفي التعاقب فيه كان ان طريق الاولى في كل غير الرابعة لتعينه النظر مقصد الرابع ابطال حقه قال وملكه الذي لا احياء ملكه لنفسه لان الاحياء سبب الملك
وهو عند ابي حنيفة رح الذي الامام من شرطه يستويان فيه كان سائر اسباب الملك حتى لا يستبد على الصدر قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الحجر
الى الاول كان لعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل ابن ذه الى غيره تحصيلا للمقصود وكان التحجير ليس احياء لملكه بل كان احياء امام الغير
والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الحجارة او يعلمونه بحجر غيرهم عن احيائه بغير تمويه كما كان في الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس
لمحتجر بعد ثلاث سنين حق وكذا اذا اعاده لا بد من تمام ثلاث سنين لان حجر فيه الوطنه وهو ان يبني امونه فيه اضر من ان يحجر لعمل ساعة بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام
والشهور يكفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضاء ثلاث الظاهر انه تركها لا لاهمال كره ديانة فلذا اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار
كالاستيلاء له فيكون اولى بحجر العقدم التحجير قد يكون بغير حجر بان يرفع ترابها اغصانا يابسة او تلقي الارض فيها من الشوك او يحضر ما يتخذ من الخشب او الشوك ويجعلها
حولها وجعل التراب عليها من غير ان يكثر المستاة ليتمم الناس من الدخول او يحفر من بئر ضرعا او ضرعين وفي الاخيرة اخبرة لو كرها وسقاها نعم يجوز انه احياء ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر ابارها ولم يسقها يكون تحجيرا ان كان سقاها ثم تركها لا يكون احياء لوجود الشعلين ولو حوطها واستمر بحيث يجتمع الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا
بنى حولها قال ويحيي الحياء ما قرب من العامر ويترك ما بعد عن العامر لان اهل القرية ومطرح الحصائد هم يحتاجون اليها حقيقة او دلالة على ما بينا فلا يكون مواتا لتعلق حقهم
بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها كما ذكرنا قال ومن حجر ارضا
في قرية فلم يحيها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او بادنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها
اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله حماها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل اربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب

قوله والاصح ان الاول يتم بهما من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك
قال في العناية ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا
فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتله
سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام ههنا بخلاف الاذن
في الاحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التمليك انتهى اقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل واحد من الحديثين الواردين
في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في احد المقامين دون الآخر تحكم بحيث لم يسمع
ذلك من ائمة الشرع **قوله** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كون
التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المص اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف
تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين واحياه فانه ملكه على الاول ولم يملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر
حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره
في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وليس بحجة كذا في العناية واورد عليه بعض الفضلاء واجاب حيث قال وانت خبير بان المص
استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه ان ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى اقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت
الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع كما قال المص وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق فان
حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلاث سنين اذ هو المقتضي اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما اورده على ان
استدلال المص بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا بد فيه الجواب المذكور **قوله** لان الدفع كان الى
الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل بدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود اقول لقائل ان يقول لعل
هذا التعليل لا يقتضي ان ياخذها الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء ايضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلا بمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج
وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير احق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدر
ان يدفع مملوك احد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر ان يدفع غير مملوك اليه لذلك قلت فح يلزم المصير
الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله لان التحجير ليس باحياء لملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثاني
مع ان اسلوب تحريره يابى ذلك كما ترى **قوله** لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم
اليها حقيقة اي عند محمد رح او دلالة اي عند ابي يوسف رح وقال صاحب معراج الدراية بعد ذلك اراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع
ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول لم يصب هولاء الثلاثة من الشراح في حل مراد المص

الى ذراعين وهو قول الماء الى ما حفر وهذا ان كانت منافعه فيما ستون ذراعا وهذا عند ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لما روى عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم
بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسيره دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء ببير العطن للاستقاء منه بيرا فعلت الحاجة فلا بد من اعتبار
ما روينا من غير فصل العام المتفق على قبوله والعمل اولى عنده من الخاص المختلف فيه قبوله والعمل لان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فيما اتفق عليه الحديثان تركناه
وفيما تعارضا فيه خصصناه كما ذكرنا في العطن والنزاع والمسكوة وقد بينا من قبل وقيل ان القدر في العين والبير باذكرناه في اراضيهم لصلابة بها وشراء ضياعا وفي فدادا كيلا يحول الماء الى الماء فيتعطل الاول
قال فان اراد ان يغرف حريمها منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم فهو له ممكن من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف فيه فان امتنع اجبر في حريم الاول لا الاول
ان يعطيه ويكبسه تبرعا ولو لم يأخذ الثاني فيه قيل لهم ان يأخذه ويكبسه لان الدية جناية حقوقية كما في الكناسة يلقيها في ارض غيره فانه يؤخذ بنقيها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه
كما اذا هدم جداره غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطف في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الحاكم ظاهرا وكذا
وان كان بغير اذنه عندهما والذي لا حنيفة انه يجعل الحفر تحجيرا وهو سبيل منه بغير اذن الامام ان كان لا يملكه به فاعطى الثانية فيه الضمان لانه متعد فيه حيث ملك غيره

بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها
عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى اذ يصير قوله على ما بيناه ح ناظرا الى
مجموع قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة فيحسن واما على ما ذكره هو لا والشراح فيصير المزبور ناظرا الى قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى
ما فيه من الركاكة اما اولا فلانه كان ينبغي اذ ذاك ان يقدم قوله على ما بيناه على قوله او دلالة كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة واما ثانيا فلانه يلزم
ح ان تقتصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها ايضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له **قوله**
لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها اقول كان الظاهر ان يقال فيتحول الماء بالفاء ولان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما
هو رخوة الاراضي لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها قطعا فلا بد من اداة التفريع ثم اقول لقائل ان يقول ان هذا
التعليل تعليل في مقابلة النص لان قوله عليه الصلوة والسلام من حفر بيرا فله حريمها اربعون ذراعا ظاهر في كون الاربعين من كل الجوانب
الاربعة على ان يكون من كل جانب عشرة اذرع كما صرح به في الكافي وخاتمة الشروح وقد تقرر في علم الاصول ان التعليل في مقابلة النص
غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البير والضرر
لا يندفع عنه بعشرة اذرع من كل فلو لم يكن اربعون من كل جانب لزم منه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد
اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدي الى الحرج ويرشدك اليه تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح ان المراد به اربعون ذراعا
من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البير الاول لكيلا يحفر احد في حريمه بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بيره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة
اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يجيء آخر فيحفر بيرا اخرى بقربه ويتحول ماء البير الاولى اليه فتتعطل عليه منفعة بيره
وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر **قوله** وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به
اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد بقوله ما روينا قوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا يريد بقوله من غير
فصل اي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بيرا فله حولها اربعون ذراعا
وبقوله اولى عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع
وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها اقول هذا الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح هنا منقوض
بما اذا كانت البير عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سيأتي مع ان ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بيرا فله مما حولها اربعون ذراعا
لا يفصل ذلك ايضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي ان يكون حريمها
ايضا اربعين ذراعا عنده فليتأمل في الفرق **قوله** ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به فيما اتفق عليه
الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه خصصناه يعني ان الحديثين اتفقا في الاربعين فتركنا القياس في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا

[illegible]

لان العام تقييد والخاص بنية فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره اقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر واما اذا كان لاحدهما رجحان على العمل فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا واذا سلم انه يبقى ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم ان لا يسقط الخاص بل وجب العمل به وترك القياس لظهور ان ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في احدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان احدهما على الآخر لما تم قول المص وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد الخاص واما في صورة التعارض مع رجحان احدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في اصول الفقه ثم اقول الظاهر في الجواب ان يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله اولى من الخاص المتفق في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان احدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تامل ترشد **قوله** ولانه قد يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فما استقامت الحاجة فيهما اقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بير الناضح ما يستقى منه بالبهيمة فكيف يتم ان يقال قد يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم ان يقال فاستوت الحاجة فيهما **قوله** وقيل ان التقدير من البير والعين بما ذكرناه في ارض يمكن الصلابة بها وفي ارض يمكن ارخاوه فيراد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول اقول فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأي اصلا وانما مدار هذا النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي يثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير فتصير الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتامل في الدفع **قوله** وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره اقول في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على اصل ابي حنيفة فانه يجعل الحفر هناك تحجيرا كما مر انفا وبمجرد التحجير لا تصير البئر الاولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على اصله ان يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فالاولى في التعليل ان يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره اذ لا شك ان الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام ان ياخذها من يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة الاولى ايضا على اصل ائمتنا الثلاثة جميعا **قوله** ولانه شبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة قال صاحب العناية وقوله صورة لاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه للعاطفة انتهى وتبعه العيني اقول ليس هذا الشرح سديدا لان الاشارة

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه اذا كان لرجل نهر ولآخر ارض فليس له منع فضل الماء عن الشرب لبني آدم ... الى ما ذكره انما يتصوران لو كان المراد باستواء مائهما في الارتفاع والانخفاض اي الاستواء المكاني ولا يتسبب على ذي مسكة ان المراد بذلك انما هو الاستواء في الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بمعنى الاول قد تحقق بين النهر والحريم ايضا كما لا يخفى فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر **قوله** وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدمه بل لا يبعد ان يدعى العكس انتهى اقول لا وجه لكلامه هذا اصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه ان ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك ان ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا ستره به وكيف

خفي على مثل ذلك القائل

فصول في مسائل الشرب **فصل** في المياه لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح اقول يرد على ظاهره ان يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب ان احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لا محالة وانما مقصود الشراح هنا بيان وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعليق بينهما من جهة احتياج احدهما على الاخر دون بيان الترتيب بينهما فليتم المطلوب بما ذكروه **قوله** الا انه

بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع بغير وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده واعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم بالعمل بالحديث ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض فان العمل على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فليس على ان المراد غير ما دل عليه النصوص كذا في العناية اقول في هذا الجواب نظر لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعي اخر بانهم حكموا بان الماء المحرز في الاواني يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك خاص لمن احرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على ان المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة فينبغي ان لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا في الاواني كما لا تورثها الآية المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الاحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز الزائد على الاربع فكذا معنى الآية والله اعلم خلق لكل واحد

فصل في كرى الانهار قال رضي الله عنه الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد لم يتحمل ماؤه في المناسم بعد كالفرات ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه يتم ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والخاص يستحق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للاغنياء فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه اجراء مصلحة العامة اذ هم يقومون بانفسهم وفي مثله قول ابي حنيفة رضي الله عنه لو تركه بعد الادراك الا انه يخرجه له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على الباقين الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على من يتبعه لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص من ابي ضحيم يجبر على كريه دفعا لضرر العام وفرضه بقية الشركاء ومن الاول خاص بقابله عوض فلا يدارض به ولو اراد ان يحتمله لحينه الانتفاع وفيه ضرر عام كغرق الاراضي ونفاد الطريق يجبر الاباء ولا فلا لانه موهوم ضرره الثاني لانه معلوم واما الثالث وهو العام من كل وجه فكريه على اهل ما بيننا ثم قيل يجبر الاباء كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الشركاء محسن بترك حقه عليهم بالرجوع على الاباء بالاجر فيه اذا كان بامرهم فيه فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا جبر على الشفعة كما اذا استنفر اجيرا ومؤنته كريه الضرر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارضه يرفع عنه وقالا عليه جميعا من اعلاه الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لهما ولاية على حقوقهم وله ان الاعلى لا ينتفع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف انه يمكنه دفع الماء عن ارضه لبعده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز قرية غيره وهو رواية عن محمد والاول اصح لان له ولاية في اتخاذ الترعة بين اعلاه واسفله فاذا جاوز الكرى ارضه حتى سقط عنه مؤنته قيل له ان يقطع الماء ليستقي ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وكيف على اهل الشفعة من الكرى شيء لانهم يجبرون بالجبر اتباع **فصل** الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

منكم ما وقع في يده لاكل الاشياء ونحن فيه اثبت الحديث الشركة للناس عاما انتهى

فصل في كرى الانهار قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها لما كانت مؤنة الكرى امرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام اخر ذكره انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان المص لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في اثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الان شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول واما ثانيا فلان النهر العام ايضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المص فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم ان النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على اهله لا انه يوجد بدونها مطلقا يشير اليه قول المص فيما بعد واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا انها في الحقيقة على اهلها ايضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه المص لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم ان مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعا ايضا اذ لا يلزم ح ان يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى امرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التاخير الذي ذكروه ههنا ثم اقول ما ذكروه ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المص فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء انتهى فتامل قوله

وله ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين المزيوجي الى هنا كلامه واقتفى اثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانتفاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء رجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه انفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز ان يكون ذلك سهوا من الكتاب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافتقار انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم ان تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز ان تكون للتعريض من باب البعته فان باع متعد ولما قصدوا منه التعريض ادخلوا الهمزة عليه على قصد ان يكون المفعول معرضا لاصل الفعل فان معنى البعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه ان يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى اقول ليس هذا الشيء اذ ما له ايضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على ارجعه بمعنى رجعه اولى واحسن من قياسه على اباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى وان كان
نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان سرق بعد
ذلك يؤدي عليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذه الارض سوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له باثباته بالحجة فلكذا وحقا مستحقا فيه وعلى هذا المنصب
او على سطح او الميزاب او المشي في دار غيره فحكمه الاحتكام فيها نظيره في الشرب اذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كالشرب بينهما على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيقدر بقدرها لا بالطريق لان القصد الطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاصل عليهم لا يشرب حتى يسكر النهر لو لكن له ذلك اما
فيما بطل حق الباقين لكثير يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لانا نحن لهم الا بالا
تمكن من ذلك بلو جرا لا يسكر ما ينكسر النهر من غير تراض كونه اضرارا بهم وليس احدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر والشغل
ضرر مشترك بالماء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر لا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه لا ضرر في حق غيره وتصح القسمة بالنهر ما بيناه ولكن قسمة ضفة النهر
او بالماء ان تغير عن سنته الذي كان يجري عليه والبالية والسانية نظير الرحى لا يتخذ عليه جسر لا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم فيها خاص يأخذ من نهر خاص من نهر خاص بين قوم فيه
فاراد ان يقطر عليه يتوقف منه ذلك او كان منتظرا مستوقا فاراد ان يقضي ذلك لا يزيد ذلك في خذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه صفا ورفعا ولا ضرر بالنهر
باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء ولكن اذا كانت القسمة بالكوى ولكن اذا اراد ان يؤخر عن فمه
النهر مجلسا في ارضه اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء حينئذ اما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار تسفل الثقب او رفعه هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القسم يترك على قدر ما يرى
فيه ولو كان الحق منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد منهم ان يبدل كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بجدار ما دام كذلك في النهر الا عن رضا كل منهم ليس لهم ان يبدلوا الكوى الا بتراضيهم

قوله وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح
فيه الدعوى قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعي في الدعوى والشهادة والشرب
مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها اقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع
ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك ان المشروط انتفى بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في
دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة الدعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون
الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم ان تحقق المشروط بدون ان تحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب ان يكون
وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على ان ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان
مصححا لدعوى غيره ايضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا نعم يصلح ما ذكر في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه
آخر للقياس مذكور ايضا في المبسوط ومنقول عنه ايضا في النهاية ومعراج الدراية وهو ان المدعي يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك
فيما يدعيه اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب
يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تامل تفهم ثم اقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكورا
في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصالة في البعض الا انه منظور فيه عندي لانهم
ان اراد وا القول لهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ان الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى
شرب يوم من الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان
نهر لرجل في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا
لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير ارض والشهادة على الشرب من غير ارض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب
معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان اراد وا بذلك ان الشرب قد يكون مجهولا
فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك ان المراد بصحة دعوى الشرب بغير ارض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب
المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح اصلا نص عليه في الاصل ايضا فانه قال فيه وان شهدوا ان له شرب يوم
ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدري ان له شرب يوم من الشهر او من
السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع قبول الشهادة لانه يمكن القضاء بها انتهى قوله فان لم يكن في يده قال في العناية والنهاية
يعني بان لم يكن مستعملا باجرائه فيه او لم تكن اشجاره في طرفي النهر انتهى اقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن انه على تقدير ان
يكون مراد المص بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول اي بان لم يكن مستعملا باجرائه فيه يلزم ان يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ يكون

وليس لأحدهما من الشركاء في الماء أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حق له كذا إذا أراد أن يسوقه إلى أرضه
أولى من سقي أرض الآخر لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن يصل إلى الأخرى وكذا طريق مشترك إذا أراد أحدهم
أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي منها في هذا الطريق وإن أراد الآخر من الشريكين في البئر الخاص فيه كوى أن يسد
بعضها دفعا لضيق الماء عن أرضه كذلك تمر ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدم
لأن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد الرضا لصاحبه أن يرجع لأنه إعارة والشرب فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة
والشرب مما يورث ويوصى به لا انتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود إما للجهالة أو للغرر لأنه
ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقي من شرب غيره وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا الإجارة لا يصلح مسقيا في النكاح حتى يجب مهر المثل لأن الخلو
حتى يجب ما تقدم من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته
بدون رضى كما في حال حياته وكيف يصنع الإمام الأصح أن يقيم إلى أرضه شرب لها فيبيعهما بإذن صاحبهما ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب
وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم يقيم الشرب إليها ويباعهما فيصرف
الثمن إلى قيمة الأرض الفاضلة إلى قضاء الدين وإذا سقى الرجل أرضه أو مزرعها ماء أي ملأها فسال من ثمة إلى أرض رجل فحبسها أو نزلت إليها من هذا الماء ثم يكن عليه فيها ضرر متعد فيه والله أعلم

كتاب الاشربة

عدم الجريان ح مندرجا في مضمون قوله فإن لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثاني وهو أن لم يكن
أشجاره في طرفي النهر فإن كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله
فإن لم يكن في يده إشارة إلى انتفاء العلامة الأولى وقوله ولم يكن جاريا إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فإن
لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له أو أنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون
مراد صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المص فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا بإجراء فيه
ناظرا إلى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أو لم يكن أشجاره في طرفي النهر ناظرا إلى قوله فإن لم يكن في يده على طريقة اللف والنشر الغير
المرتب لأنا نقول مع كون اللف والنشر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الألغاز في الكلام لا يستقيم ح كلمة أو في قولهما أو لم يكن
أشجاره في طرفي النهر فإنها لأحد الأمرين فيلزم بأن يكون معنى كلام المص فإن انتفت إحدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فإنه إذا
انتفت إحداهما ووجدت أخرتها لا تجب عليه البينة ولهذا قال المص ولم يكن جاريا بكلمة أو إشارة إلى انتفائهما معا قوله والشرب
مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود إما للجهالة أو للغرر أو لأنه ليس بمال متقوم
حتى لا يضمن إذا سقي من شرب غيره ذكر المص في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات
ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب انتهى وتوهم
بعضهم أن قوله هنا حتى لا يضمن إذا سقي من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالإتلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشيء
لأن بناء كلامه في المقامين على الروايتين فما ذكره هنا على رواية الأصل وهو مختار شيخ الإسلام خواهر زاده وما ذكره هناك على ما قاله
الإمام فخر الإسلام البزدوي وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء في يوم معين من الأسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في
نوبته ذكر الإمام علي البزدوي أن غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الأصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل أتلف
شرب رجل بأن يسقي أرضه بشرب غيره قال الإمام البزدوي ضمن وقال الإمام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وأفصح عنه
صاحب الكافي أيضا هنا حيث قال حتى لو أتلف شرب إنسان بأن يسقي أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل وإن أفتى
فخر الإسلام أنه يضمن انتهى

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الأشربة بعد الشرب لأنها شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء أن مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال
العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعلة الأرض فإن كلا منهما يخرج منه إما بالواسطة أو بدونها انتهى أقول
حمل مرادهم بالعرق المعنوي هنا على الأرض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الأشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال لا شربة محرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم قال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر ولقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

الفظة السليمة والصواب ان مرادهم بالعرق المعنوي هنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا منهما يشتق من ذلك المصدر ولابد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا ايضا كذلك وهذا معنى كونهما شعبتي عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم ايضا الى العقل اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بان يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل فلا حجة علينا ابتداء والداعي المذكور الموجود اجيب انا بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما التدريج النصاري لئلا ينفر من الاسلام كذا في العناية اقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر اما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا ان نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتهاء كما لا يخفى على احد وهي كافية في الكراهة فلا يتم التقريب واما في وجه الثاني فلان نفرة النصاري بالخمر اي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في اي وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان النصاري بها على حاله في ابتداء الاسلام ايضا فاذا حرم بعد ذلك لزم ان يتنفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وايضا احتمال كون الاعتياد بالخبيث باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهي عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل فلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا اباح الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعاين الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرضوا منه الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى **قوله** سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها يعني سمى هذا الكتاب بالاشربة اي اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهي اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما او حلالا وفي استعمال اهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه اي وهذا الكتاب في بيان حكمها اي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكر ههنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها اي بيان حكم انواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان احكام انواعها كما في البيوع او لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه مبحث عن افعال المكلفين فهو ح ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان للافعال فلذلك عنون ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في اوائل القسم الثاني الى هنا كلامه اقول ليس لتوجيهه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان اراد ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في اوائل القسم الثاني

ولنا انہ اسم خاص باطباق اہل اللغۃ فیما ذکرناہ ولہذا اشتہر استعمالہ فیہ فی غیرہ غیرہ ولان حرمۃ الخمر قطعیۃ وہی فی غیرہا ظنیۃ

ان اضافۃ الحل والحرمۃ الی الاعیان کحرمۃ المیتۃ والخمر والامہات ونحو ذلک مجاز عند کثیر من المحققین من باب اطلاق اسم الحل علی الحال وہو مبنی علی حذف المضاف ای حرم اکل المیتۃ وشرب الخمر ونکاح الامہات لدلالۃ العقل علی الحذف والمقصود الاظہر علی تعیین المحذوف واما عند بعضہم وان کانت اضافۃ الحل والحرمۃ الی الاعیان حقیقۃ لوجہین منفصلین فی محلہ الا ان کون اضافتہما الی الافعال حقیقۃ مما لم ینکرہ احد قط بل من یقول بکون اضافتہما الی الاعیان حقیقۃ انما یقیس اضافتہما الی الاعیان علی اضافتہما الی الافعال فی کونہما حقیقۃ ویستمد بذلک فی توجیہ مذہبہ فلا مجال للقول بان الحرمۃ وصف للاعیان حقیقۃ لا للافعال علی کلا المذہبین وان اراد ان الحرمۃ ہہنا وصف للاعیان مجازا للافعال لا یتم قولہ فلذلک حنون بالاعیان لان کون الحرمۃ وصفا للاعیان مجازا لا یقتضی ان یعنون الکتاب بالاعیان بل رعایۃ جانب الحقیقۃ فی العنوان اولی واحسن بلا ریب فکان الذی ینبغی ان یعنون بالفعل بان یقال کتاب شرب الاشربۃ حتی یراعی کون الفقرات عنوانا عن افعال المکلفین بلا کلفۃ ان یقال ویعلم منہ حال الافعال وبالجملۃ توجیہ المذکور لیس بتام علی کل حال **قولہ** احدہما فی بیان ماہیتہا وفی بعض النسخ ماہیتہا بدل ماہیتہا قال فی غایۃ البیان الماہیۃ بمعنی الماہیۃ وہو ما بہ الشیء ہو کماہیۃ الانسان وہی حیوان ناطق انتہی قلت وفی نسخۃ ماہیتہا ہہنا ایہام لطیف لما فی قولہ وہو للنئ من ماء العنب تبصر تعقف **قولہ** ولنا انہ اسم خاص باطباق اہل اللغۃ فیما ذکرناہ اقول لمانع ان یمنع اطباق اہل اللغۃ علی انہ اسم خاص النئ من ماء العنب اذا صار مسکرا الا یری انہ قال فی قاموس اللغۃ الخمرۃ ما اسکر من عصیر العنب او عام وقال والعموم اصح لانہا حرمت وما بالمدینۃ خمر عنب وما کان شرابہم الا البسر والتمر انتہی وہذا صریح فی ان الخمر عند بعض اہل اللغۃ یعم ماء العنب وغیرہ وان العموم اصح عند صاحب القاموس **قولہ** ولان حرمۃ الخمر قطعیۃ وہی فی غیرہا ظنیۃ قال صاحب غایۃ البیان بیانہ ان النئ المسکر من ماء العنب خمر قطعا ویقینا لثبوت ذلک بالاجماع فیترتب علیہ الحرمۃ القطعیۃ فاما سائر الاشربۃ ففی تسمیتہا خمرا شبہۃ لان فیہا خلافا بین اہل العلم وادنی درجۃ الاختلاف ایراث الشبہۃ فکیف تترتب الحرمۃ الثابتۃ قطعا علی ما فیہ شبہۃ لان بالشبہۃ لا یثبت القطع والیقین انتہی اقول فی ہذا البیان خلل فانہ جعل فیہ مدار کون الحرمۃ فی غیر النئ المسکر من ماء العنب ظنیۃ واختلاف العلماء فی شبہۃ ذلک خمرا ولیس بسدید اذا المص بصدد بیان بطلان ذلک الاختلاف واثبات ان غیر النئ المسکر من ماء العنب لا یسمی خمرا فلو کان مدار ظنیۃ حرمۃ غیر ذلک اختلافہم فی تسمیتہ خمرا لزم المصادرۃ علی المطلوب فکانہ قال الخمر ہی النئ من ماء العنب اذا صار مسکرا وغیرہ لیس بخمر کما زعمہ بعض الناس لان حرمۃ الخمر قطعیۃ وحرمۃ غیر النئ من ماء العنب ظنیۃ لانا خالفنا فی کون غیر ذلک خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنئ من ماء العنب لا یطلق علی غیر ذلک فاورث خلافنا فی ذلک شبہۃ فی کونہ خمرا فلم تکن حرمۃ قطعیۃ وفی ہذا مصادرۃ کما ترے وقال صاحب العنایۃ فی بیان ہذا المقام یعنی ان حرمۃ الخمر ثابتۃ بالاجماع فتکون

وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا بانه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير الحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رده

قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النبي من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء واولى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى اقول وفيه ايضا خلل اما اولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النبي من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف ان يكون مراده باختلاف العلماء في غير النبي من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان واما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لارتباطه بما قبله لان مدلول ما قبله ان غير النبي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه ان تكون حرمته ظنية فان اراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النبي من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان اراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني اذ لا شك ان دليل حرمة الخمر قطعي كما افصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المص ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح ان يصرف تحريمها الا الى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النبي ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسمية خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل اراد به الاجتهاد في عدم حرمته كما اشار اليه المص فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه بعد بيان انه حرام عندنا وقال الاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان انه حرام وقال شريك بن عبد الله انه مباح وقال في نقيع الذبيب بعد بيان انه حرام اذا اشتد وغلا وتيا في فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النبي الا ترى انهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربوا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا مثلا ليس بقطعية انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النبي من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب ان الله تبارك وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما يثبت بهذه الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النبي من ماء العنب تعين ان لا يكون غير النبي خمرا اذ لا شك ان قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر ونظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربوا الخ لا يجدي شيئا لان علة الربوا عندنا الكيل مع الجنس او الجنس او الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لا يوجد الربوا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع واما عند الشافعي فيوجد فيه الربوا لوجود علته فيحرم فكون حرمة الربوا قطعية يصير حجة على الشافعي هناك ايضا لما قلنا ههنا فلا فائدة في التنظير اصلا قوله وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل قال بعض الفضلاء ولك ان تقول هذا منع لا يضر انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا نم اولا ان هذا منع بل يجوز ان يكون معارضة يعني انما سمي خمرا لتخمره اي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النبي من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا ويشير اليه تقرير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا اي لتشدده وقوته

والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد

فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث انتهى ولئن سلم ان ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله دلالة انه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر بانه اذا منع قوله لا نسلم ان مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليلا للخصم عليه وهو عين النزاع ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المص هذا وقوله وانما سمي يعني غير التي من ماء العنب خمرا تخمرا اي لصيرورته مراكالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى اقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح اصلا اذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المص فيما بعد على ان ما ذكر تم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرع عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا ان نحمل كلمة غير في قوله يعني غير التي على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله اي لصيرورته مراكالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي ان يكون المشبه غير الخمر وهو غير التي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام ان يقال يعني انما سمي التي من ماء العنب خمرا لتخمره اي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لا لمخامرته العقل اي ليست التسمية لمخامرته العقل اي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير التي من ماء العنب ايضا فيكون خمرا فح ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المص لتخمره اي لصيرورته خمرا اقول هذا التفسير خال عن التحصيل مؤد الى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التامل الصادق قوله فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العيني اقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من افراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه والظاهر ان مراد المص رح بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا انه علم خاص لشخص معين من افراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بمجرد غلبته وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا ستره به عند من له دربة بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اعتبر بلفظ المعروف في قول المص اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تامل رشد

قوله والثاني اريد به بيان الحكم قال في غاية البيان والعناية يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى اقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني اريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه السلام الائمة من قريش على ما تقرر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في هذه الشجرتين لزم ان لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير تحقق في غير هاتين الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند ابي حنيفة رح

لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد والكفارة المستحل وحرمة البيع وقيل يختلف في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان المسكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحد الكتاب فانه سماه رجسا وهو محرم العين قد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء

والى يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا انه اذا اسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجيء في الكتاب والحق ان المراد بالحكم الذي اريد به بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في التخذ من غير تلك الاشجار فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا انها باجمالها لا تنافيها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى اثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية **قوله** لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد اقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت له مصادرة على المطلوب لان من يدعي ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه ابو حنيفة رح له بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاه بثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه فاشرح الشارح السكاكي قول المص ابا هو الخمر في المنافاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل الاشتداد وهو المؤثر في الفساد اي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى ان هذا انما يلائم قول من قال بانها معلولة بالسكر كما ذكره المص فيما بعد بقوله ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتامل **قوله** ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد والكفارة المستحل وحرمة البيع اقول لقائل ان يقول الكلام في هذا الموضع في حد ثبوت اسم الخمر لا في حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز ان يثبت اسم الخمر في بداية الشدة ويشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب ويمكن ان يقال الكلام ههنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع لا في حد ثبوته في اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم ان يترتب عليها احكام الشرعية بلا تراخ فيتم التقريب تدبر **قوله** والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى اقول ليس هذا بشيء لان السكر لازم الاسكار ومطاوعه فلا يفترقان في التحقيق فالتعليل باحدهما يودي الى التعليل بالاخر ومجرد الفرق بينهما والمفهوم لا يجدي شيئا فيما ههنا كما لا يخفى كيف لا شك ان مراد المص بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء اصلا لا انها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء اخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم **قوله** والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة قال الشراح وهي ما روى ابن عباس رض من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب قالوا لما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل ح يكون مخالفا للنص انتهى اقول لقائل ان يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضا فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضا على ما مر من قبل وذلك يودي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشا الشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى

والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس
سقوطها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام
ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتصون بها وحق كان له على مسلم دين
فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا المديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة
ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع
بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب في الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر
فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان يكون القتل اولى لنسخ فيبقى الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم
وتقديره ما ذكرناه في الحد والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للعنم من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا حد فيه ما لم يسكر منه
على ما قالوا لان الحد بالقليل في التي خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد
ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف
وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول
بعض المعتزلة لانه مشروب طيب ليس بمحرم لنا انه رقيق ملذ مطرب لهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به

منافي الحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بالطريق القياسي
لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرع غير ان تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم
اقول الحق عندي ههنا ان تعليلها بالاسكار لا ينافي حرمة عينها لان قليلها ليس بمسكر فيلزم ان يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار
ويلزم منه ان لا يكون عينها حراما لكن الشافعي رحمه الله لم يقل بتعليلها بالاسكار وانما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة و
نحوها فالظاهر انه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد بشرب قطرة من
الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن اين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة **قوله** والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول
لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه اقول فيه شيء وهو ان الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها فان استلزمت حرمتها
القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا رابعا مبحوثا عنه بالاصالة وان لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك
الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه
في عامة كتب اللغة الا انه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال
وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى **قوله** والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها و
غاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينقض بالسرقين فانه نجس
العين مع انه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال فلا باس ببيع السرقين ويكره بيعها لعذرة وقال
الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه ينتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان
مالا واصل للبيع بخلاف العذرة انتهى تامل **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام اقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين
اظهر مما مر آنفا تدبر **قوله** واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق قال في القاموس الباذق بكسر
الذال وفتحها ما ذبح من عصير العنب ادنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ ادنى طبخة فصار شديدا وقال في
الفائق هو تعريب باده وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهما بشيء اقول فيما ذكر في الفائق نظر لان
الخمر على ما مر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بني قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فليس بخمر لاحتماله
ولهذا قال المص واما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله واما الخمر فكيف يتصور ان يكون الباذق تعريب باده بمعنى الخمر اللهم الا ان يكون ما ذكر
في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من ان الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للني من ماء العنب اذا اسكر
قوله والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق
اي ويسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا والدليل على هذا ان ابا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب

كتاب الاشربة

واما نقيع التمر وهو الذي يسكر وهو النبيذ من ماء التمر اي الرطب

اقل من ثلثيه بالمنصف وايضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فاو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لانه اعم من ان يكون منصفا او غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا يقال ايضا انتهى اقول لعل الاوجه لا وجه له اصلا فضلا عن ان يكون اوجه فانه يصير معنى كلام المص على ذلك التقدير العصير الذي طبخ ادنى طبخة يسمى باسمين احدهما الباذق والاخر المنصف وهذا يقتضي ان يكون الباذق والمنصف مترادفين في المعنى وهو العصير المطبوخ ادنى طبخة مع ان تحرير المص ينافي ذلك اما اولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب اقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى واما ثانيا فلانه قال وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد الخ ولا يخفى ان لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق ان قول المص والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ ادنى طبخة والمعنى ان العصير المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه على قسمين احدهما المطبوخ ادنى طبخة المسمى بالباذق والاخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل من هما حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد على الاختلاف واما حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصروها في الاربعة فعلى طرف التمام لان الاربعة التي حصر الاشربة المحرمة فيها انما هي اصول الاشربة المحرمة واقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من احد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا يقال ايضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله ايضا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير ان يكون قوله والمنصف مرفوعا واما على تقدير ان يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى باحدهما غير المسمى بالاخر بل يقتضي معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دربة بقواعد العربية ثم اقول يمكن ان يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا يقال ايضا بوجه اخر وهو ان الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير ان يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة ايضا فلا نم انه لو كان منصوبا يقال ايضا قوله واما نقيع التمر وهو المسكر وهو النبيذ من ماء التمر اي الرطب قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى ان ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا ان يقول في نقيع الزبيب اي نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا المسكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح على ما سيجي انتهى اقول فيما قاله جمهور الشراح ايضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ ادنى طبخة كما صرح في عامة المعتبرات وسيجي في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله النخعي مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالحرام لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وقد دل عليه ما روينا ومن قبل الآية محمولة على الابتداء وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما تقييم الزبيب والتمر والنبيذ من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا وبقي فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يحد الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر بخلاف نبيذ التمر خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة في رواية ولجلاء ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة ولا خلاف لهما فيه لانه مال متقوم وما ثبتت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عند ابي حنيفة لا يحكم بسقوط تقومها الا ما تيقنا على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها نجسة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فربما قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو يدل على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقرأ في الصلاة منه بمنزلة الدائر ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله اول ما كان من الاشربة يبيح بعده ما يبلغ عشرة ايام ولا يحد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط وصحح قوله يكفر بجحده وتشتد صحة قوله ولا يفسق بجحده ووجهه ان بقاء هذه الدلالة من غير ان يجحد دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشرط على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره انشاء الله تعالى وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة فاولا حرام كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير لهو ولا طرب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وذكره انشاء الله تعالى

وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكر هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما افصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك انه ليس بحلال عند ائمتنا اصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب **قوله** فهو حرام مكروه قال خاتمة الشراح اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه لو كان مقصود المصنف بارداف الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكره لاردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بارداف ذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر احق بذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلان المص صرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فما الحاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا **قوله** وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا اقول فيه اشكال لانهم صرحوا به عند شرح قول المص والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور ان يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مما لم يوصف بالحرمة فاين السكر فليتامل **قوله** الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية اقول لقائل ان يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو المسكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول ان اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن ان يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول فيجوز ان يكون الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه **قوله** لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر اقول فيه نظر اما اولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا ويجيء التصريح عن قريب بان هذه الاشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها واما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل الا يرى ان خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي ان يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هي ايضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به انفا **قوله** ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة اقول في التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به الا ترى ان السرقين نجس العين فحرم التناول قطعا مع انه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد مر منا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين اقول لا يذهب عليك ان حق هذه الرواية ان تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه

قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فعدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب والنهي منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر وعلى حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وهو يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لا باحته وقيل لا يشترط لعموم الكتاب لكن قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل

من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الخ مسألة مستقلة دخلت في البين كما ترى **قوله** ولا بأس بالخليطين بما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فعدوت اليه من الغد واخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر كان معروفا بالفقه والزهد بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره مما لا يشربه او يشرب مما كان حراما كذا في الكافي والشروح اقول ههنا كلام من وجهين احدهما ان تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلاف فيه ولم تكن الحادثة مما لا تترك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الاصول والظاهر ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح ان يكون فعل ابن عمر رض وقوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت اهتدي الى اهلي يشعر باسكاره والشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن ان يجاب عن الثاني بوجهين احدهما ما اشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت اهتدي الى اهلي على سبيل المبالغة في بيان التاثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد ان يسقي ابن عمر رض ابن زياد تلك الاشربة فانها لو كانت حراما لما اقدم ابن عمر رض مع كمال زهده وفقهه على ان لا يسقيه اياها واما تاثيرها في الشارب بعد ان شربها بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقرر اذ هو مختلف باختلاف الطباع والاوقات والمشارب ان يحترز عنه مهما امكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو بالغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تامل تفهم **قوله** وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان اقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد ان لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي ان لا يشترط الطبخ فيه لاباحته الا يرى ان نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لاباحته بلا اختلاف مع ان قليل ذلك ايضا لا يدعو الى كثيره كيف ما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو اصل للخمر شرعا فان اصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة لينظر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى **قوله** وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد اقول قد مرت هذه المسألة مرة اثنا بيان مسألة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر فالتعرض لها ههنا مرة اخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح انه يحد وما قبله توطئة ثم يتجه ان لو ذكر ايضا هناك قوله قالوا والاصح انه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية **قوله** وقد ذكرنا الوجه من قبل قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر فلا يحرم ولا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالنبيذ ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية اولا ونقل ما ذكره ثانيا يقبل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل اقول يرد على الوجه الاول ان عدم دعاء

قالوا والاصح انه يحد فانه روى عن محمد رح فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهته لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد ولاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي رح حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه التوقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام وروي عنه عليه السلام ما اسكر الفرق منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر

التقليل الى الكثير جائز فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء التقليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المص فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تاثير لدعاء التقليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثاني انه لو كان مراد المص ما يستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يقال ما ريناه كما هو عادة المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن ان يكون مذكورا هناك فاني تيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا وجه هو الوجه الثالث وان اخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تامل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة قوله قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل اقول تحرير المص ههنا لا يخ عن ركاكة اذ الظاهر ان مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر انه هل يحد في ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمص الان بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا ان يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح انه يحد ان يقال فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا يخالفهما في اصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلا فيجوز ان يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وابا هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم انفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقهما وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المص بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية وبسوط شيخ الاسلام باستيجاب الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى قوله وعنه انه كره ذلك اقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد مر في اول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رح وقوله هنا وعنه انه كره ذلك بعد ان صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافي ما تقرر في اول الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر ايضا هناك فيجوز ان يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احدهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد ابي حنيفة وابي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشيء تستلزم ان يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة المثلثة المحرمة عند ائمتنا اجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع ان اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر اصحاب الظواهر فتحقق ان الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على اصل محمد ويمكن ان يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام

ولها قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ

العطف للمغايرة وكان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته والطافته الى الكثير فاعطى حكمه

والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ

هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه

حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل

عند محمد ان كل مكروه كراهة التحريم ليس بحرام اصلا عندهما بل الى الحرام اقرب واما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام اقرب

عند احد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز ان يكون المراد بالكراهة في قول المص ههنا وفيه انه كره ذلك الكراهة التنزيهية وهي

مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تامل **قوله** ولها قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها

والسكر من كل شراب قال في النهاية ولها ايضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي

الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل

من الخمر ايضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى اقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من

الاشربة المحرمة الثلثة فان قليلها ايضا حرام عند ائمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي واكثر العلماء مع ان المعاني المذكورة في الآية المذبورة لا تحصل

بشرب قليلها كما لا يخفى **قوله** خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة اقول الظاهر ان مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم

على السكر في غير الخمر على ان يكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون

العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن فيه بحث وهو ان الاستدلال على مدعاهما ههنا بهذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي ايضا حل الاشربة

المحرمة الثلثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على ان استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته

من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتامل **قوله** ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بالتقدم

لا بانفراده فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض

صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة انتهى اقول

ان اراد بقوله والمجموع بهذه الصفة اذ كل واحد من اجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى ان شيئا ما قبل الجزء الاخير ليس لعلة

اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة انما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يوثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم

الاصول ولا شك ان شيئا ما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان اراد بذلك ان المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة

كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا ههنا اذ لا شك ان حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما تنكر حرمة ما قبل

القدح المسكر بانفراده نعم بقي الكلام في ان اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع اولى ام الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادي الرأي

هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل

التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى ان الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم

مضافا الى الجزء الاخير علة اسما ايضا اي كما انه علة معنى وحكما فينتظم امر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى ان يقال

الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول ليس هذا شيئا فضلا عن ان يكون اولى

كان المطبوخ ذهب اولا للطافة او يذهب ثلثاه فلا يكون الذاهب ثلثة اماء العنب وطبخ العنب كالخمر ثم يعصر كثيرا بادنى طبخة وروى عن ابى حنيفة رح وفى رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه وهو الاصح لان العصير قد يغلى من غير تنيه فصار كما بعد العصر ولو جمع فى القدر بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب وطبخ التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر وكزبيب فى طبخة ثم القى فيه تمر او زبيب ان كان ما القى فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كذا اذا اغتسل فى المطبخ قدح من الشيرج ولم يغسل تغليب لجهة الحرمة ولا حد فى شربه لان التحريم لاجل الاحتياط وهو فى الحد فى دراه دون طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا بأس بالانتباذ فى الدباء والحنتم وترك قوله عليه السلام فى حديث فيه طول بعد ذكر مدة وعيد فاشربوا فى كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا مسكرا وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهى عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رح لتشرب المنزفة فيه خلافا لابى يوسف رح ثلثا ويخفف فى كراهة وهى مسئلة ماء البئر بالعصر وقيل عند ابى يوسف تملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشئ يطرح فيها وكره تخليلها وقال الشافعى يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ فيه فله فى الخل الحاصل به قولان له ان فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الغواء وكسر الشهوة والتغذى به والاصل صلاح وكذا الصالح للصلاح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباء ولا اقتراب لانعدام الفساد فاشبه الامارة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا لانه فى الثانى فيختاره من ابتلى به اذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذى تقطر منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل الخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صبت منه الخمر ثم على حذائه يطهر فى الحال حتى ما قالوا

اذ ليس الكلام هنا فى اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام هنا فى ان المفسد للعقل هو القدح المسكر اى المزيل للعقل سواء اطلق عليه لفظ المسكر حقيقة ام لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا فى ازالة العقل فينبغى ان يحرم ايضا لم يفد ان يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا فى دفع ذلك السؤال اصلا وانما يتمشى ذلك فى الجواب عن استدلال الخصم بقوله عليه السلام كل مسكر خمر ومحله قول المص ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء ان يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة فاما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول وهذا ايضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور ان يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير ايضا ولا شك ان اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هى الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس بما وضعت قطعا ولو سلم ان يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تامل تلف قوله وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه اقول فيه كلام وهو ان هذا التقرير يقتضى كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عنده حرام غير معلول عندنا بشئ لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهى قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذى ينبغى ههنا ان يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا ان يحمل كلام المص ههنا على التنزل والالزام للخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر والحديث الاول غير ثابت على ما بينا وقال بعض الفضلاء وكان على المص ان يتعرض للحديثين الاخيرين ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى اقول توجيهه ليس بشئ لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما اسكر كثيره انما هى بطريق العبارة ودلالة ما رواه المص من قبل ابى حنيفة وابى يوسف على حل قليل ذلك انما هى بطريق الاشارة او الاقتضاء وقد تقرر فى كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فان اراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهى المعارضة بدون الرجحان فى احد الجانبين فليس بصحيح وان اراد بها المعارضة مع الرجحان فى جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى قوله لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب قال الشراح اى على القطع والثبات وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى اقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مراد هم بقولهم اى على القطع والثبات تقييد المنفى فى قول المص فلا يكون الذاهب ثلثى ماء العنب لا تقييد النفى فالمعنى ان ذهاب ثلثى ماء العنب على القطع والثبات لا يكون لان ذهاب ثلثى ماء العنب لا يكون على القطع والثبات وحاصله

قال ويكره شرب ذرورة الخمر والاستشفاء به لان فيه اجراء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوى والوبال على من سقاه ولكن لا يسقى الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا اقتدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو القى الذرورة في الماء لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اى شارب الذرورة ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثقل فصار كما اذا غلب عليه الماء بلا امتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في ورقة لا تؤكل لتجففها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل** في طبخ العصير الاصل ان مذهب بعضه بالنار وقذفه بالزبد يحل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه دائما ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بالنار ان كان الماء مستهلكا فيه بالرقة وتناهى الطبخ الى ان ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب اولا هو الماء والثاني العصير فاذا ذهب ثلثي العصير

ان ذهابها القطعي لم يثبت لان عدم ذهابها قطعي فلما لم يثبت ذهابها على القطع والثبات بل احتمل ان يكون الذاهب اقل منهما بان يذهب الماء اولا لا طافية قلنا بحرمته شرب ذلك العصير احتياطا بناء على ان الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في امثال هذا المقام اصل كثير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك الفاضل **قوله** ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد انتهى اقول وقول القدوري بعده ولا باس بالخليطين اظهر في ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذ لقائل ان يقول يجوز ان يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الاول ولم يتعرض بقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المص ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع بالطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل ان يقع لفظ التمر في قول المص او بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المص او من الناسخ الاول الا انه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم ان تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتاتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتفى فيهما بادنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى اثره العيني قلت ويؤيده ما ذكر في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب ادنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رح لا يحل وروى هشام في نوادره عن ابي حنيفة وابي يوسف انه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما لا لقائما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثاه **قوله** لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه دائما ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلثة اقول فيه شيء وهو ان وجه العصير تسعة دوارق على تقدير ان يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم العدم بلا امر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها ايضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر في تعليل هذا الاصل ان يقال لان الذي يذهب زبدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن اصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق

وان کانا یتناسبان معاقد الجراة حتی یذهب ثلثاها ویبقی ثلثها فیحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصیر والثلث الباقی ماء وعصیر فصار کما اذا صب الماء فیه بعد ما ذهب من العصیر بالغلی الثلثان بیانه عشرة دوارق من عصیر وعشرون دوارق من ماء ففی الوجه الاول یطبخ حتی یبقی تسع الجملة لانه ثلث العصیر وفی الوجه الثانی حتی یذهب ثلثا الجملة فانه ثلثا العصیر بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان یصیر حرامًا ولو قطع عنه النار ففی متی ذهب الثلثان بحل لانه ان النار واصل آخر من العصیر اذا طبخ فذهب بعضه ثم یبقی بعضه کم تطبخ البقیة حتی یذهب الثلثان فالسبیل فیه ان تاخذ ثلث اسهم تضربه فی الباقی بعد النصب ثم تقسمه علی ما بقی بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ینصب منه شیء فما خرج بالقسمة فهو حلال بیانه عشرة ارطال عصیر طبخ حتی ذهب طل ثم اهرق منه ثلثة ارطال تاخذ ثلث العصیر کله وهو ثلثة وثلث وتضربه فیما بقی بعد المنصب وهو سبعة فیکون عشرین ثم تقسم العشرین علی ما بقی بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ینصب منه شیء وذلک تسعة فیخرج لکل جزء من ذلک اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقی منه رطلان وتسعان وعلی هذا تخرج المسائل ولها طریق آخر وفیما اکتفینا به کفایة وهدایة الی تخریج غیرها من المسائل والله اعلم بالصواب

کتاب الصید

الصید الاصطیاد ویطلق علی ما یصاد والفعل مباح لغیر المحرم فی غیر الحرم لقوله تعالی واذا حللتم فاصطادوا

وعصیر یصب فی قدر فتطبخ فتغلی وتقذف بالزبد فیجعل یاخذ ذلک الزبد حتی جمع من ذلک الزبد قدر دورق ثم یطبخ الباقی حتی یبقی ثلثه دوارق وهو ثلث الباقی بعد الدورق الذی اخذ منه وذلک لان ما اخذ من الدورق زبد فجعل کانه لم یکن لان الزبد لیس بعصیر واذا لم یکن الزبد عصیرا یعتبر بما لو کان صب فیه دورق من ماء لو کان کذلک لا یعتبر الماء وانما یعتبر العصیر وهی تسعة دوارق فکذلک هذا الی هنا لفظه قوله وفی ما اکتفینا به کفایة وهدایة الی تخریج غیرها من المسائل

قلت فیه ایهام لطیف لکتابة المسمی احدهما بکفایة المنتهی والاخر بالهدایة

کتاب الصید

قال صاحب غایة البیان مناسبة کتاب الصید بکتاب الاشربة من حیث ان کل واحد من الاشربة والصید من المباحات التی تورث السرور والنشاط فی الادمی الا ان السرور فی الاشربة المباحة اکثر لانه بامر یدخل فی الباطن والسرور فی الصید بامر خارجی فکان الاول اقوی وصار بالتقدیم اولی انتهی اقول فیه نظر اما اولا فلان وضع کتاب الاشربة لبیان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والا لذکر فیه کل اشربة مباحة علی التفصیل مع انه لم یذکر فیه من الاشربة المباحة الا نبذ قلیل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة فی وجه ما حتی وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء فی حله علی انهم صرحوا فی اول کتاب الاشربة بان الاشربة جمع شراب والشراب عند اهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنی قوله ان کل واحد من الاشربة والصید من المباحات التی تورث السرور واما ثانیا فلان ما ذکره ههنا لا یناسب ما ذکره فی اول کتاب الاشربة فانه قال هناک ذکر کتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بینهما فی الاشتقاق ولکن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فیها الحرام کالخمر انتهی فقد جعل هناک وجه تاخیر الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصید اباحتها مع ایراث السرور فبین کلامیه فی المقامین تنافر لا یخفی فالوجه الظاهر فی مناسبة کتاب الصید بکتاب الاشربة وفی تقدیم الاشربة علی الصید ما ذکر فی الشروح الاخر فراجعها قوله الصید هو الاصطیاد ویطلق علی ما یصاد یعنی ان الصید مصدر بمعنی الاصطیاد وهو اخذ الصید کالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم یراد به ما یصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر علی المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الادمی باصل الخلقة ماکولا کان او غیر ماکول کذا فی غایة البیان قال فی الخلاصة وانما یحل الصید بخمسة عشر شرطا خمسة فی الصیاد وهو ان یکون من اهل الزکوة وان یوجد منه الارسال وان لا یشارکه فی الارسال من لا یحل صیده وان لا یترک التسمیة عمدا وان لا یشتغل بین الارسال والاخذ بعمل وخمسة فی الکلب منها ان یکون معلما وان یذهب علی سنن الارسال وان لا یشارکه فی الاخذ ما لا یحل صیده وان یقتله جرحا وان لا یاکل منه وخمسة فی الصید منها ان لا یکون متقویا بانیابه او مخلبه وان لا یکون من الحشرات وان لا یکون من نبات الماء سوی السمک وان یمنع نفسه بجناحیه او قوائمه وان یموت بهذا قبل ان یوصل الی ذبحه انتهی وذکرت هذه الشروط فی النهایة وغایة البیان ایضا نقلا عن الخلاصة وذکرها صاحب العنایة ایضا وقال کذا فی النهایة ماسویا الی الخلاصة وقدح بعض الفضلاء فی واحد من هاتیک الشروط حیث قال قوله وان یموت بهذا قبل ان یوصل الی ذبحه مستدرک بعد قوله وان یقتله جرحا انتهی اقول لا استدراک فیه لان الشرط الذی اراد بقوله وان یقتله جرحا لیس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا یحل اکله کما ستقف علیه وکذا الشرط الذی اراد بقوله او یموت بهذا قبل ان یوصل الی ذبحه لیس مجرد موته بل موته

ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يجوبه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي **فصل** في الجوارح **قال** يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والباز وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته

قبل ان يوصل الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد ان يصل المرسل الى ذبحه لم يحل اكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه ايضا ولا شك ان اشتراط ان يقتله الكلب جميعا لا يغني عن اشتراط ان يموت الصيد بجرح الكلب قبل ان يصل المرسل الى ذبحه لجواز ان يقتله الكلب جرحا بعد ان يصل المرسل الى ذبحه فح لا يحل اكله فلا بد من بيان الشرط الاخر ايضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في حاشيته ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد والاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا الكلب ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى اقول يمكن ان يعتذر عما ذكره في علاوته بان الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والباز والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري وما ادركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد والاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد اقول الظاهر ان مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد والاكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالي بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة مجيزة فتامل انتهى اقول لا يذهب عليك ان كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من انواع الصيد وترك بيان شرائط سائر انواعه بلا ضرورة داعية اليه **قوله** ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما مد التحريم الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة انتهى اقول لا نم ان مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح **قوله** وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدارك ذكوته قال صاحب العناية انما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلمة من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى اقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري ايضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلم يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا ان يكون مراده ان رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفي ايضا واما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين

والنفي معالكن لايظهر في ايراد رواية الجامع الصغير كثير نفع كما لايخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لاباس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيا فتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لاباس انتهى اقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول ان النص الذي خص منه شيء بالعقل لايصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد اشار اليه المص بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولايجوز الانتفاع به واما الاسد والذب فليسا بداخلين راسا في النص المذكور لانهم صرحوا بان الاسد والذب لايصلحان للتعليم لانهما لايعلمان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولايخفى ان تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه اولا فاذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي اخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك واما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف اهل الاصول النسخ دون التخصيص ولاشك ان مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس موصولا بذلك النص فلا يصير ظنيا لامحالة تبصر **قوله** والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران في النظم لايوجب القران في الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ماينبغي انتهى اقول نظره فاسد وجوابه كاسد اما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لامحالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران في النظم لايوجب القران في الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه ان مجرد المقارنة في النظم لايوجب المقارنة في الحكم بدون ان يتحقق امر مقتضي للمقارنة في الحكم ايضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف واما الثاني فلان للسائل ان يقول بما يلزم من ان لايكون وما علمتم من الجوارح مقارنا لاحل لكم الطيبات ان لايكون ذكره على ماينبغي ولو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسالونك ماذا احل لهم ومن يقول ان القران في النظم لايوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز ان يكون جواب ذلك قل احل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولافادة فائدة اخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى انتهى اقول في تفريع قوله فالحمل عليه اولى خلل لان الاعتراض المذكور لايرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولايخفى ان تعيين معنى الآية او رجحان احد محتمليها لايتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه اولى

والجوارح الكواسب تناول والمتبين المسلطين مستولى الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى رضى الله عنه اسم الكلب اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابى يوسف انه تناول من الكلب الاسد والذئب لا الثعلب لا يعلمون عنده الاسد لعدم قبوله والذئب خساسته والحق بالسبع الحدة الخساسة والخنزير مستثنى لانه نجس ليس فيه نفع بخلاف الانتفاع به لانه يعلم لانه ما لم يتعلم يتخلق بالتعليم والحديث به وبالارسال لانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسك عليه **قال** وتعليمه الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازى ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما لان بدن الباذى لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليترك وكان اية التعليم ترك ما الوفه عادة والباذى متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه اما الكلب فهو الوف عادة يقادا الانتهاب فكان اية تعليمه ترك ما الوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله لان فيما دونه يوجد الاحتمال فلعله ترك مرة او مرتين شبعانا فاذا ترك ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختيار وابلاء العذر كما فى مدة الخيار وفى بعض نسخ الاختيار لان الكلب هو الذى يقع اماره على العادة دون القليل والمجموع هو الكثير واذا ثبت الثلث فقد تم عند ابى حنيفة وعلى ما ذكره الاصل لا يثبت التعليم بما يعقب ظن التعليم معلم ولا بقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نقادا وسماعا ولا سماع فيفوض الى راى المبتلى به كما هو اصله فى جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه لما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتسمية فى سكوت المحل ولهذا اية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف ما لك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم الاذن فلان بعد المباشرة **قال** اذا ارسل كلبه المعلم وبازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدى رضى الله عنه ولان الكلب والبازى آلة والذبح لا يحصل بغير الآلة الا بالاستعمال وذلك يحصل بالارسال فنزل منزلة الرمى واثر السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه قاصدا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا فى الذبائح ولا بد من الجرح فى ثانى الرواية ليتحقق الذكاة بالاضطرار وهو الجرح فى اى موضع كان من البدن باتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال

على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور **قوله** والجوارح الكواسب فى تناول والمتبين المسلطين يتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى نص قال صاحب العناية واستدل المص على صحة التاويل بعموم حديث عدى بن حاتم اقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذى مسكة ان ليس مقصود المص بيان صحة تاويل دون تاويل اخر اذ لا تنافى بين التاويلين كما سيجىء فى الكتاب وايضا عموم حديث عدى لا ينافى التاويل الاخر وهو ان يكون الجوارح هى التى تخرج من الجارحة بل يوافقه ايضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تاويل دون آخر فالظاهر ان مراد المص بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدى انما هو الاستدلال على تناول ما فى الاية الكل بحديث عدى بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما روينا من حديث عدى وبينه بقوله واسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقى شىء فى كلام المص وهو ان استدعى جواز الاصطياد بكل شىء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فالمراد بالتناول فى قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول لكل ما فى المدعى ولا يخفى ان حديث عدى لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير ان يراد بالكلب المذكور فيه كل ذى سبع دون النوع المعين المعروف **قوله** لان ما تلونا من النص يطلق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال اقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الاية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه واما كون ما تلاه من الاية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال ايضا فليس بظاهر وانما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فى الادلة الشرعية كما عرف ولان اية التعليم ترك ما هو الوفه عادة والباز متوحش متنفر فكانت الاجابة اية تعليمه واما الكلب فهو الوف عادة يقاد الانتهاب فكان اية تعليمه ترك ما الوفه وهو الاكل والاستلاب قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتاتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا فى المبسوط انتهى وتبعه فى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية انه ليس بوارد حيث قال فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى فى الفهد والنمر فانه متوحش كالباذى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والباذى لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى ههنا لفظه اقول ما قاله غير وارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المص فيما مر انفا والظاهر ان المراد بالكلب فى المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم ان يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية والمراد فى التعليل ايضا هو الفرق عموما والذى يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثانى فالمعتمد هو الاول كما ذكره فى عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما فيما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى ان يجاب بانه لما كانت ذوات الناب كلا جنسا واحدا وكان اكثر ما يستعمل منها فى الصيد اعرفا مع ان فى طبع غيره الالف ايضا على ما تراه فى الذئب والاسد وغيرهما اذا رمى من صغره فى البيت بخلاف جوارح الطير جعل الكلب فى حكم واحد فى التعليم يعنى اذ يرى حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما فى نظائره فليتامل انتهى اقول ليس هذا ايضا بسديد اذ بعد ما تقرر ان الفهد والنمر مما لا يتاتى فيه الالف بل هما متوحشان كالباز

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح فيعمه الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه
اخذ باليقين ومن ابي يوسف رحمه الله لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما تنا قال فان كل منه الكلب الخ ثم يؤكل وان اكل منه البازي لم يؤكل
في دلالة النص وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه وقوله صاد صيدا فلم يأكل منه فانه يؤكل من
صيده لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيد لا بعد لا حتى يصيد معا على اختلاف الروايات كما بينا في الابتداء واما الصيد الذي اخذها من قبل فما اكل منه
لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المبطلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد ثبتت الحرمة فيه لاتفاق وما هو محرز فبينه محرم عند احدهما
لهما يقولان ان الاكل ليس بدل على الجهل فيما تقدم لان الحرمة قد تنسى لان فيها الجزاء قد انضم الحكم فيه بالجزاء فلا ينقض باجتهاد ومثله لان المقصود قد حصل الاول
بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فجزاؤه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرمة لا تنسى اصلا
فاذا اكل تبين انه كان تركه لا لاكل الشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بلا كل قصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فلك
حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيعلم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد لم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا
من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي

لا يكون جعل انواع الكلب كلها في حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد اذ يلزم
اذ ذاك ان يحمل على المتوحش لا يحمل على الالوف وهو غير ميسر لا محالة ثم اقول بقي شيء في التعليل الاول ايضا وهو انه قد ذكر في عامة الكتب
ان شمس الائمة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الائمة الحلواني للصيد خصال ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك منه وعد منها انه لا يتعلم
بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه ان تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد
كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الاول هو ان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه ان مجرد احتمال
بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعي في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتامل قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى
اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وذلك لان النص
اذا ورد فيه اختلاف المعاني فان كان بينها تنافي يثبت احدها بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وان لم يكن بينها تنافي يثبت الجميع اخذا
باليقين كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي
بينهما فكذا ههنا لا تنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فاقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الاثبات
وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال فيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي
يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى
ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي الى هنا كلامه اقول يمكن الجواب عنه بان مراد المص من قوله يحمل على الجارح
الكاسب بنابه ومخلبه انه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلا محتملي النص المذكور من التاويلين لعدم التنافي بينهما وفيه اخذ باليقين اذ يوجد
في المجموع كل واحد منهما فاي منهما يراد في النظم الشريف كان ماخوذا في الاعتبار والعمل وليس مراده ان كلا التاويلين يراد ان معا بلفظ
النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات او الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لزعمه ان مراده هو الثاني قال في تفسير
قول المص فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التاويلين وكان حق التفسير ان يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التاويلين
كما بينت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز او عموم المشترك لان الجوارح اما ان تكون حقيقة
في الكواسب او مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح اخص من الكواسب فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى اقول جوابه
ليس بسديد لان كون الجوارح اخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السوال اذ لا شك ان مفهوم الاخص يغاير مفهوم
الاعم والا يلزم ان يكون الشيء اخص منه نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان
احدهما اخص من الاخر ام لا الا بطريق الاشتراك او بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم احد المحذورين المذكورين في السوال قطعا على تقدير
ارادتهما معا من لفظ واحد قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي اقول في كلامه هذا ركاكة لان ضمير هو في قوله وهو مؤيد ان كان

لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف
ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو تعس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من
الصيد والقى ما تعسه وتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم وثب البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لما اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه اولى بخلاف ما بعد الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولكن عض البضعة قد يكون لبأ كلها وقد يكون جهلا في الاصطياد لضعف يقطع القطعة صيدا
فيذكيه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله **قال** وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا الباز
والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود وهو الاباحة ولو ثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة
فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله انه يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قصدا كما اذا رماه ولم يقدر على الاستعمال
ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه تثبت يده على المذبوح وحرقاته مقام التمكن من الذبح لا يمكن اعتباره لانه لا بدل له من مدا والناس تفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية
في امر الذبح فادى الحكم على ما ذكرناه تخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما بقي في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والتحقت
ليس بمذبوح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عند نا خلافا للشافعي رحمه الله لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فظهر حكم ذكاة
الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت قيل هذا قولهما
اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره انشاء الله تعالى فان الذكاة الاضطرارية قلوا انه ذكاة حل اكله وعن ابي حنيفة
وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة وهو الذي يقرأ الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او سنده وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن مبتدئا بالذبح

راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من اسلوب تحريره يرد عليه ان حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور اصلا فانه انما يدل على ان لا يؤكل ما اكل منه الكلب
ولا يدل على ان لا يؤكل ما اكل منه الباز ي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان اكل منه الكلب والفهد
لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي ان يذكر عقيب قوله فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله
وان اكل منه الباز ي اكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لا يخفى **قوله** وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم
في اباحة ما اكل الكلب منه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رض انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح انما اجاب
بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يؤكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه كذا في العناية
اخذا من النهاية اقول يرد على هذا الجواب ان قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم انما يدل على اباحة اكل ما لم ياكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحة
اكل ما اكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى
فكلوا مما امسكن عليكم حتى يلزم ان يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال تحصيل هذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده
وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه ايضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر كون المنطوق اقوى منه فلا يتحقق حكم
التعارض عنده ايضا والحق عندي في الجواب عن اصل السوال ان يقال حديث ابي ثعلبة معارض لحديث عدي وحديث عدي مرجح على
حديث ابي ثعلبة لان حديثه يحل ما اكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في اصول الفقه ان المحرم يرجح على المحل عند التعارض فيجب
ناسخا له فوجب العمل بحديث عدي دون حديث ابي ثعلبة **قوله** ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء
قال صاحب العناية اراد ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ اقول في تفسير مراد المص بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المص بقوله
يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى اخره روايتين لا غير روايته عن ابي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا وروايته عن ابي يوسف ومحمد وهي عدم
حل ذلك وقد قال المص ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور ان يكون مراده فما ذهب اليه الشارح المذكور والصواب
ان مراد المص بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عنده
وهو روايته عن ابي حنيفة الى اخر ما ذكره في تلك المسالة فح تتحقق الروايات وينقسم صيغة الجمع كما لا يخفى **قوله** هما يقولان ان الاكل ليس بدليل على
الحل فيما تقدم لان الحرمة قد تنسى اقول الظاهر مما ذكره بعد هذا القوله ولان فيما احرزه الخ ان يكون المذكور دليلا تاما لهما فيرد عليه انه توهم
لدل على ان لا تثبت الحرمة عندهما في كان غير محرز في المفازة ايضا لجريان هذا الدليل في ذلك ايضا مع انه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق
كما صرح به المص من قبل فتامل **قوله** وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار
كما اذا افترس شاته قال صاحب العناية وطولب في الفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد
كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه

وقال محمد رح ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل الا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ارسله فاخذه فان كان وقت الاخذ ممكنا فذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لو وجد وان اورك وفيه حياة فذكاه حل له لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة واقعة موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعيش حذو ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعند ابي حنيفة لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال يختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفسد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليقه على وجه يأخذ ما قيد فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وبقي مدة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل لوجود التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا اشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ما اذا ارسل بتسميتين تسمية واحدة لان الثانية قصد مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما وفوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة يحل وان ارسل فيكل المتن جهة يستمكن من اخذ الصيد فقتله يؤكل لان ملكه ذلك حيلة من الصيد لا استواحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلاب اعتاد عادة واحدة ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكله جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر وقتا الاول محمول عليه طوبك من الفارس وقتله صيدا آخر فصلا لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لو يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه للمعاصيد وقد عاش بواسع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا لان مدة استراحة وانما يمكث ساعة للكرين لما بينا في الكلب قال وان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على انه لا يحل بالكسر عن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لانه جراحة باطنة في كاسر الذاكاة وجه الاول ان المعتبر جرح يتخصص سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غيره فعلا وقد كان جرحه او كلب لم يذكر اسم الله عليه ويديه عن الموكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب المحرم نصا واحتياطا ولو رده على الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات جرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وقد جاء في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه نفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتل لا بأس بأكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر زجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب

وانتهاء شره منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه اقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها نقض ما ذكره المص في تعليل مسئلة الوثبة من انه ما اكل من الصيد بما اذا اكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل متمش في صورة القتل ايضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه يخرج ايضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين معا انهما مفترقان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة اخرى غير ما ذكره المص في التعليل ولا يذهب عليك ان ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المص في التعليل ولقد احسن صاحب النهاية ههنا في التفريع حيث قال وجه الفرق بين هذا وبين ما اذا اكل الكلب من الصيد بعد ما قتله قبل ان يأخذه الصائد حيث لا يؤكل وفي هذه الصورة وهي ما اكل منه بالوثبة بعد اخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لانه ما اكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا في الحكم والاوجه فيه هو ان الفرق انما ينشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا اي في مسئلة الوثبة لما لم يؤكل من الصيد الى ان اخذه صاحبه ثم امساكه على صاحبه وهناك لما اكل من الصيد بعد قتله قبل ان يأخذه صاحبه علم انه انما امسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من ان يكون معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما وحده اوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم اقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك المسألتين ساقطة عما ذكر في الكتاب ايضا لان المص تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو ان الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل ان يحرزه المالك فما بقي شيء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا اكله بعد ان قتله قبل ان يأخذه الصائد تأمل ترشد وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يزكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم الى قوله وان ادرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المص فاقول هذه الزيادة من المص ههنا امر زائد مستغنى عنه جدا عندي اما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان ادرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه واما قوله والسهم فلان حكم السهم سيجيء في باب الرمي مفصلا لا يدري الى قوله هناك اذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا خرج السهم فمات وان ادركه حيا فذكاه انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا قوله وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه قال صاحب النهاية والكفاية اراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية اشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما اقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل الحل اكل ما شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق احد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوى ذلك بل جعلوا كليهما مما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا معتبر بهذه الحيوة تعليل الحكم احدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم ان يريد بقوله

ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر له يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه وقد ذكاه ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليق فجعل اغوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما قلنا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل** الرمي ومن سمى حسبنا ظنه حسن صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حسن صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه اذا خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم لا يرى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤذي في جلدها وفرائها خصوصا لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدرها فيقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حسن ادمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الذي من الدواجن الذي يأوي البيوت اهلي وان الظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا وهو الطائر ولا يدري وحشي هو او غيره وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري وحشي هو او لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس فرمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيها ولو اصاب السهم حشه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجمع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده

في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعمهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل اكل ما بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لا فرق ما يبقى في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحيوة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم **قوله** ووجه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الاي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك ان تقول لا تمس الحاجة الى الدفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها انتهى اقول ليس هذا بوارد لان الارسال اصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل في ترتب الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسالة السابقة حيث قال لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نم كفاية مجرد المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها بل لا بد من ان يكون اللاحق وهو الزجر ههنا اقوى من السابق او مساويا له حتى يرفع به السابق واما اذا كان ادنى منه فلا تاثير له في الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسالة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل انتهى قال في العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى اقول لقائل ان يقول ان هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على ان القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر **قوله** وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى اقول ليس هذا الشرح سديد عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله او بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة او بما هو مثله فيها كما في نسخ الاي فالوجه ههنا ان يقال يعني ان الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المص اياه بقوله لانه انكان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية وقدم وجه تقديم الاول **قوله** والظبي الموثق بمنزلته قال اكثر الشراح منهم صاحب العناية اي بمنزلة الآدمي اقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر ان الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلي دون الآدمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المص هذا المعنى لمثل والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته علم ان المراد ليس مجرد ان لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال ايضا فالوجه في تفسير قول المص والظبي

قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل لان قعد عن طلبه فما اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما يتبين ان يحل اكله لان الحرمة ثبتت بالنص وبالاباحة اعتبارا بما دام في طلبه ضرورة ان يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله والذي روينا حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه صدمه فمات لا احتمال عنه فاعتبر بما لا جراحة فيه وهم الهوام والجواب في رسالة الكلب في قد لا يجرب في الرمي في جسم ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ المال مهلك وكذا السقوط من علو يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتبار سبب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا ملك التحرز عما هو سبب الحرمة ترجيحا للحرمة احتياطا وان كان لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجرة او حائط او اجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رأسه منصوب او قصبة فاثبتته او اصابه حرف الجبل لاحتمال ان حدة الاشياء قتلته ولما لم يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرنا او على ما هو في معناه كجبل او نحو بيت او لبنة موضوعة او خزفة فاستقر عليه بالان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو رمى صيدا فتشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وفي معناه الشهيد رح وجه مطلق الرمي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي رح على ما اصابه حد الجرة فانشق بطنه بذلك وحمل الرمي في الاصل على انه لم يصبه من الاجرة الا ما صبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير ماشيا فان كانت الجراحة لم تنخسق امعاؤه اكل وان انخسقت لا يؤكل كما اذا وقع في الماء **قال** وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل لقوله عليه السلام فيما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه **قال** ولا يؤكل ما اصابه المثقل قد مات بها لان الذكاة لا تكون الا بجرح فصار كالمعراض اذا لم يجرح وكذلك ان رماه بحجر كذلك ان جرحه قاتلا او قاتله اذا كان تقيلا وبه جدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه جدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه تقتل بحده ولو رماه ثم رآه حديدة وقد بضع بضعة لا يحل لانه قتله وكذا اذا رماه بها فان رأسه او قطع او واحدة لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع ووقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقله لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بنصل السكين او بقبض السيف لا يحل لانه قتله وان لم يذكر فيه ضرورة سواء كان جرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا كذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم

الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب الغاية حيث قال اي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت انتهى **قوله** اذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل اي قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رض كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على ان الصيد محرم بالتواري وان لم يقعد عن طلبه انتهى قوله ليس الامر كما زعمه الزيلعي فان الامام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك احد الامرين عدم التواري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع ان لا يتوارى عن بصره او لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رض كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك انتهى ولا شك ان قوله والسابع ان لا يتوارى عن بصره او لا يقعد عن طلبه نص على ان الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتواري عن بصره والقعود عن طلبه معا واما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر ان المراد به انه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه واما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد اشار اليه المص بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يفضي الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن تواري يكون سبب عمله وذكر في الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بالذوحاء على حمار وحش عقر فتبادر اصحابه اليه فقال عليه السلام دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وانا في طلبها وقد جعلها لك فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بكر فقسمها بين الرفاق **قوله** وان وقع على الارض ابتداء اكل قال في الغاية آخذا من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء انتهى اقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذ الظاهر ان الوقوع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الارض ولهذا جعل المص الاول قسيما للثاني فيما سيجيء وعد للاول مما يمكن التحرز عنه والثاني بما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل ان يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء **قوله** وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه قد تقرر في كتاب الذبائح ان المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح في اي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار اليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبة واللحيين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختياري اعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبسا لضيق المنفذ او غلظ الدم لا يقتضي حل اكل المجروح بالرمي بدون الادماء بل يقتضي حرمته بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب

وعند بعضهم يشترط الاداء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار لانها تبين بعضها كانت كبيرة حل بدون الاداء وان كانت صغيرة لا بد من الاداء وان ذبح شاة ولو بيسار منه ثم قبل الاخذ وقيل حل وعند الفقيهين حل بلا ذكاة وان اصاب سهمه فقطع عضوا منه اكل الصيد لانه لا يوكل العضو وقال الشافعي رح اكل ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاختيار فيحل البان كما اذا ابين برأس ولنا انه مبان بذكاة الاضطرار خلافا لمالك رح اذا لم يمت ما ابين بالذكاة وكذا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحرية فيه وكذا حكما لانه لو توهم سلامته بعد هذه الجراحة ولم يعتبر حرجا لوجود في الماء وفيه حرية هذه الصفة يحرم وقوله بين بالذكاة وقد حل وقد عهد لم تقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعدم الحرية فيه ذكاة صحيحة لوجود الابانة بالاتصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حرية بقدر ما يمكن في المذبوح فانه حي صورة لا حكما ويمكن الاداء في الماء وبهذا القدر من الحرية او روي من حبل وسطح لا يحرم فخرج عليه المسائل فتحل اذا قطع يده او رجله او فخذه او ثلثه مما يلي الرأس او اقل من نصفه لان الباقي يحرم المبان ويخلي المبان منه لانه يتوهم بقاء الحرية في الباقي وتحرك ذنبه ساعة او قطعه اثلاثا وما كان مما يلي الجوف او قطع نصفه رأسه او كان من قبل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحرية بعد هذا الجرح والحديث ولن تناول السمك وما ابين منه فهو ميت الا ان يستدل حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج وكذا هذا الصيد لابلاغه الذكاة وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج وذبح صيدا فقتله بذلك ان كان يتوهم الاتيان ولا يدري هل ذكاه مات حل لكن لانه ضربه ساكنا جرائده وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة مع الحرية والعبرة للعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد اي لانه يعتبر اهل الذكاة عند ابتدائه ولا يحل ذبيحة اهل الكتاب لانهما ليسا من اهل الذكاة اختيارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يجده ولم يجد فيه غير سهمه حل لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله حرم لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمي الاول بحال يجوز صيد الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح فما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده عدم بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد لانه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة به وعند محمد رح يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده وعلى ما عرف من مذهبه يصار الجوارح فيه والجوارح فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال فان رمى الثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصه جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو مقتول بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه لكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مملوكا

بان معنى هذا التعليل ان الدم قد يتلبس لضيق المنفذ او غلظ الدم ولا يمكن اخراجه ففي اعتبار الاداء اخراجه فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح تامل **قوله** وعند بعضهم يشترط الاداء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار اقول المانع ان يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال هذا ضعيف عندي لانه كما اشترط الانهار شرط فري الاوداج ايضا وفي زكوة الاضطرار للعجز عنه ولزم الحرج في اشتراطه وهذا غير متحقق في الانهار اذ لا عجز عن الجرح بلا ريب ثم ان الجرح لا ينفك عنه الانهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الانهار على انه في ذلك البعض فافترقا **قوله** ولنا قوله عليه الصلوة والسلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة قال الشراح يعني انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة اي ابين من الحي حقيقة وحكما اقول المتبادر القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل سائغة في السنة الفقهاء وكتب اصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في اصول ائمتنا من ان حكم المطلق انه يجري على اطلاقه فتامل في التوفيق **قوله** قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه الى آخره اقول لقائل ان يقول تاويل المسالة ههنا بما ذكره بعد ان اولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال يجوز منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التاويلين متعلق بمسالة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهي قوله وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يوكل والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته انتهى فلما اول المصنف قوله لم يوكل بما اذا كان الرمي الاول بحال يجوز منه الصيد تعين ان يكون ايضا قوله والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصه جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال يجوز منه الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يوكل فما هو شرط في الاصل شرط في الفرع ايضا واذا علم ان الرمي الاول كان بحال يجوز منه الصيد علم ان القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التاويل الثاني ثم اقول في الجواب ان كون الرمي الاول بحال يجوز منه الصيد انما يقتضي ان لا يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضي ان يحصل القتل بالرمي الثاني وحده لجواز ان يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المص بالتاويل الثاني التقييد بما علم كون القتل حاصلا بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري ولا يفيد التاويل الاول هذا التقييد لان القيد الذي ذكره اولا اعم تحققا من القيد الذي ذكره ثانيا لتناول صورة ان يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة ان يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التاويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراك اصلا بل اصاب كل من التاويلين بحجره

قوله ان الاضطرار لم يشترط في فري الاوداج

قوله على اطلاقه كما ان التقييد

وان علم ان الموت حصل من الجراحتين لا يضمن قال في الزيادات يعني الثاني ما نقصه جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى بانت بصنعه والثانية بصنعه وصنع آدمي فلذا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان الرمي الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار ولا يحل بالثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول فانيا فالجواب في حكم الابانة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فانحدر فرماه ثانيا فانه لا يحل لان الذاتي محرم كذا هنا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الطير وان ما لا يؤكل لا حلاق ما لا نادا نصيده لا يختص ما كول اللحم قال قاضيخان صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فهيئتك الابطال ولان صيد لا بسبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بنعله ورهنه وقال انفقه على اهلك الاجماع ولانه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا التوجيه ان المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا يكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب ان المراد ان هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبة المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة يقتضي ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والا يلزم تقرب تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة في نظائر هذا المقام فلتقل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانب الدائن والمديون كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء به واما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فسيجيء كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا مع حجته واشارة فيذكره في مواضع ان شاء الله تعالى قوله الرهن في اللغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وقال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن واقسامه اللازم والاقفي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى اقول ليس في البديع اذ لا شك انه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق الا ان للمعارضة الرجوع عنه لم القبض المرتهن الرهن تقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض وما اخذ في التعريف المذكور في الكتاب الرهن انما هو معنى الحبس اللازم فصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه ايضا بلا ريب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكنز جعل شيء بحق يمكن ان استيفاؤه منه لا يدري قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه بحق الممكن استيفاؤه من الرهن بعد تمامه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالمديون ان يجوز الرهن بغير الدين ايضا فان لم يكن في قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين ايضا فلا اقل من ان لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن ولا يجوز الا بالدين قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وادرد بعض الفضلاء على قوله انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان هذا قول منقوض بعقد التبرعات وقال الا ان يخصص العقد في الصغرى بما سوى التبرع اقول ليس لشيء من ايراده وتوجيهه مستقيم اما اولا فلان من المشايخ من يقول بان انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بان الامر كذلك في سائر عقد المتبرعات ايضا واختلاف المشايخ في ان القبول هو ركن كالايجاب ليس مختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات ايضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر في اوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على اصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدوري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب

والقبض شرط اللزوم على ما نبينه انشاء الله تعالى وقال مالك رح يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة وكنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يعاد به الامر ولانه عقد تبرع للا ان الراهن لا يستوجب مقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية

والقبول بني على اصل هؤلاء المشائخ واما قول سائر المشائخ فقد ذكره المص بقوله قالوا الركن الايجاب بحر ولانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وهو اصح صاحب العناية في شرحه واما الثاني فلانه لو خص القدر في الصغرى بما سوى الالتبرع صار المعنى لانه اي الرهن عقد غير متبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك ان تفسير الصغرى حينئذ كاذبة اذ لم يقل احد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل يطلق كلامهم على انه عقد تبرع فلا صحت للتخصيص بما سوى التبرع قالوا الركن بحر والايجاب لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم التبرع اما انه عقد تبرع فلان الرهن لم يستوجب فاذا ثبت للمرتهن من السيد شيئا عليه ولا يعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا له فيه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والركن ليس كذلك انتهى اقول في الجواب بحث لان الرهن ان لم يستوجب شيئا عن المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن في يده معنى لا لغة بايجاب الراهن وحده بل لا بد ان يتوقف على قبول المرتهن ايضا حتى يتم جعلناه اياه مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتامل قوله

والقبض شرط اللزوم على نية قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام يخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن الغير المقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرزا وقال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفته فانه في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتامل انتهى اقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلوة والسلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له واما هنا فلا ضرورة لا حمال الحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والا لم يستثنى اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب

النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال اصلا فبقي نفي الجواز على ظاهره بناء على قوله لنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يعاد به الامر نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب اي فضربوها وقوله تع فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرروا في قوله تعالى فعدة من ايام اخر تقديره عموم عدة من ايام اخر اي فيتم عدة من ايام اخر فكان المصدر فيما تلوناه هنا ايضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر اي فارهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذي هو الوجوب اللزوم في حق نصف الرهن لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب ان يعمل به في شرط وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلوة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة في المال

قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو امانة في يده فلا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه عنه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما تلف فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا اعمى الرهن فهو بما فيه رهن معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن به الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن يبنى عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او الضجر

ما هو الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين ثم ان تمثيله والمجاز في التقلد الآدمي ذهب اليه هنا بسبيل منعم قبيح جدا فان المنعم اسم مفعول استعمالا لقائل كما عرف في موضعه وليس ما اسند الى المصدر بخلاف ما اتخذ فيه على ما ذهب اليه فالمناسب في التمثيل ههنا ان يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم اقول توجيهات التي ذكرت في سائر الشروح الصحيح ما في الكتاب كلما الينا بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف ان التمسك بمثلها لا يفيد القطع والالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه عن بنيا ان يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على ان يكون المصدر المقرون بالفاتحة وفاكما في قوله تعالى فعدة من ايام اخر فان التقدير فيه فصوم عدة من ايام اخر ترشد تامل

قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض تحكم عند مشروع فاشبه قبض المبيع قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورت الصرف فانه لا بد فيهما من القبض بالبراجم ولا يكفي التخلية مع جريان الدليل الا ان يثبت رواية الكفاية التخلية فيهما وكونها مختار المصنف انتهى اقول الجواب ان هذا النقض بين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام يدا بيد لما تقرر في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية قولنا فيه بموجب القياس قوله وعن ابي يوسف رحمة الله عليه انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب الضمان ابتداء بمنزلة الغصب قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبرع والضمان منافاة ولا بد بين الضمان في الرهن عند الهلاك فيقتضي التبرع انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب بين عليه بمقابلة وذلك جهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن حق الاستيفاء من وجه فيتضرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما تستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم ان لو كان من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية كيف خفي عليه حظ المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة انه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه

قوله فاذا قبض المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص يعني بيانه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا مميزا فيجب ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول هذا البسط والتقرير يقتضي ما لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب ان يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون ولا شك ان الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات لان الرهن مبني على الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا قال في العناية قبل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وتابد ينفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب فثبت ان اللغة يدل على ابنا الرهن عن الحبس الدائم انتهى اقول السوال والجواب في الاصل لمباح الشريعة لكن الجواب ليس تام لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك دام ينفي ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا لدوامه لزم من نفي

وإذا كان كذلك تثبت استيفاء من وجه وتقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا بخلاف حالة القيام لأنه يتقضى هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر
ولا جرم استيفاء الباقي قيمة لا نقصه ولا استيفاء بقدر بالمالية أما العين أمانة حتى كانت نفقة الرهن على الراهن جبرية وكفنه بعد هلاكه وكذا قبض الرهن لا يثبت عن قبض
الشراء إذا اشترى الرهن لأن العين أمانة فلا يثبت عن قبض ضمان ويوجب الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة دون كان فواع الدين من غير دليل كما في الحوالة فالحاصل أن عند فاحكم
الرهن صورة الرهن يحتاج إلى استيفاء عليه وعند وهو تحقق الدين بالعين استيفاء منه عينا باليد ويخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عند دنا
في كتابة المنتقى جملة منها أن الرهن ممنوع عن الاستيراد لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لأنه كالبيع موجبه وهو نقله للبيع وتسامحك الباقي في أثناء المسائل
إن شاء الله تعالى **قال** ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون لأن حكمه ثبوت الاستيفاء والاستيفاء يستلزم الوجوب **قال** رضي الله عنه ودين حل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه
يصح الرهن بها ولا بدين ويمكن أن يقال إن الموجب الأصلي في الرهن هو العين خلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الأعيان الهلاك ولكنه
يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون دينا بعد وجوب سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة للقيد به بخلاف الوديعة **قال** وهو مضمون
بالأقل من قيمته ومن الدين فإن هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك
بقدر الدين فإن كان أقل يسقط من الدين بقدره ويرجع المرتهن بالفضل لأن الاستيفاء بقدر المالية وذلك بقدر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن ألف وخمسمائة والدين ألف
الراهن على المرتهن خمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يزاد من الفضل في الرهن لأن الزيادة على الدين موجودة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين وهذا هو ما روي عن عمر و
عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان إلا بالقدر المستحق كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة في يده أمانة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة
في حق الضمان والمراد بالزوائد ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال الزوائد أمانة في الفضل **قال** وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة
الصيانة فلا يتم به المطالبة والحبس جزاء التطويل فإذا ظهر مطلقا عند الفائت يحبسه كما بينا في التفصيل فيما تقدم وإذا طالب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض
استيفاء فلا يجوز أن يقبض الدين قبل الاستيفاء لأنه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في الرهن وهو محتمل إذا الضرر وهو الربا محتمل لأن الدين لا يتعين حقه كما تعين حق الراهن حقه كما في تسليم المبيع
والثمن بخلاف الدين ولا دين طالبه بالدين في غير المال الذي في يد العدل فإن كان الرهن مما لا يحل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأمانة كلها في حق التسليم كما كان أحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط
بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماع وإن كان له حمل ومؤنة مستوفيه ولا يكلف إحضار الرهن من أنقل إلى أبعد عليه التسليم في الحلة لا القائم مكان إلى مكان يتضرر بزيادة القيمة ولا يكلف
ويوسط الرهن العدل ليأخذ المرتهن بيعه بنفسه ويستبدل جاز لا طلاق في الأمر فلو طالب المرتهن الدين لا يكلف إحضار الرهن لأنه لا قدرة له على الإحضار ولذا إذا أمر الراهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن

ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوام نفسه أو أمرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقيضين معلوما نحن فيه كذلك إذ لا شك أن فكاك الرهن
بنافي ويناقض دوامه فيلزم من تعينه تحقيق دوامه وإن كان دوامه مما لم يوجب نفسه بل كان بثبت خارجي فلم يثبت في بيت المزبور إنما لفظ
الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انفهام ذلك من نفي فكاكه تأمل تفهم **قوله** وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وتقرر
بالهلاك فلو استوفاه ثانيا مؤدي إلى الربا يعني إذا ثبت أن الرهن بدل على اليد والحبس يثبت الاستيفاء من وجه لأن الاستيفاء إنما
يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لامتناع احتمال النقض فلم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد
وهو ربا كذا في الكفاية وغيرها أقول لقائل أن يقول نعم لو استوفاه ثانيا أدى إلى الربا ولكن إذا لم يستوفه ثانيا أصلا يؤدي إلى ضياع بعض حق
وهو استيفاء الرقبة والثاني إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضا فالوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور إلى اختيار محذور الربا فتأمل في الدفع **قوله**
ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها فإنه يصح الرهن بها ولا دين معنى يرد على هذا اللفظ أي على لفظ القدوري وهو
قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الرهن بالأعيان بأنفسها أي الإشكال لصحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها وهي ما يجب مثله
عند هلاكه إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فإنه يصح الرهن بتلك الأعيان ولا دين فيها
وأجاب المص عن هذا الإشكال بقوله ويمكن أن يقال إلى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر
الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلنا لا يرد على القدوري الاعتراض رأسا لأنه لا يبقى صحة الرهن بالأعيان المضمونة
بأنفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وإنما اقتصر هنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به هنا اعتمادا على ذكره
في موضع آخر إلى هنا لفظه أقول لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول أن القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن
بالأعيان المضمونة بأنفسها بعد أن أي ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين
وهي النفي والاستثناء وإنما يصح ما قاله الشارح المزبور إن لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه
ولا يصح الرهن إلا بالدين لم يبق له محل وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الإشكال الوارد على لفظه في مختصره
وقد تدارك المص بقوله ويدخل على هذا اللفظ وإنما حمل القصر الواقع في لفظ المختصر على القصر الإضافي فعزل عن مساعدة هذا الفن إياه فإنه تخصيص
الشيء بالذكر في الروايات الواقعة في هذا الفن على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فما ظنك بدلالة أداة القصر على ذلك **قوله** ولهذا تصح الكفالة
بها قال في العناية واعترض بأن صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن فإنها تصح بدين يجب كما لو قال ما ذاب له على فلان فعلي دون الرهن
وأجيب بأن قوله فإذا سالك إضافة الكفالة لا الكفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد بسبب وجوبه أو دينا انعقد
ذلك فإن كان الأول فليس كلامنا فيه وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين ما نحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة و
لها وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له

لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطاء حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامره ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري من هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد نوى المال والنوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به

وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله وليس كلا منافيه ليس بشيء لان كون عدم كلا منافيه لا يضر بغرض السائل بعينه فان مقصوده القدح في قول المص ولهذا تصح الكفالة به بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين يتجب ولم ينعقد لسبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز ان يكون تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه ايضا الذي كلا منافيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال لصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى ان عدم كون كلا منافي الدين لم ينعقد لسبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما اشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين يتجب ولم ينعقد لسبب وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى اضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومراد المص بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض اقول هذا التعويل لا يتم الا على قول ابي يوسف فان المعتبر عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب الغصب مع ان صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها على قول الكل جميعا فلا يتم التقريب الا على قول ابي يوسف وليت شعري لو لم يتعرض لهذا احد من الشراح قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى النكرة ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت بالعلم من زيد وعمرو لا يكون الا علم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحد منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو اقلهما لا امر ثالث ثم ان تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه ان كلمة من في قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما معرفتان بخلاف اقل منهما لان اقل نكرة ههنا معرفة لا نفيا ولا نكرة انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا يتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لان مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان واما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه بل هو امر شائع مستعمل الا مع قولنا واحد منها او جزء منها او بعض منهما يكون كذا فانه يصح بلا ريب وشائع مستعمل مع ان كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض على ان الوجه المذكور للفرق بين ان يكون اسم التفضيل معرفا وبين ان يكون منكرا انما يتمشى فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كان العبارة فيما نحن فيه اقل من قيمته ودين لزم ان لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء وجها آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال ان يكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد الاشياء الثلاثة ويكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف من ضيعة كتب التحريم قال وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا ايضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى اقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو انه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون احد الاشياء الثلاثة الا ان يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى السر واخفى قوله تعالى والله اكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير ان ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية واعني كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع

قال فان كان الراهن جاحدا ولم يقض عليه بالدين حتى هلك الرهن فهو مستوفى بحصته من الدين لان حكم الرهن ثبوت الاستيفاء بالقبض ولا يتحقق الاستيفاء بالقبض الا بعد الاستحقاق والاستحقاق بالقضاء والقضاء بالاقرار والاقرار بالقبض السابق فكان الاستيفاء مستندا الى وقت القبض وقد هلك الرهن بعد الاستيفاء فيهلك بالدين وبالرهن بقدر حصته من الدين لان الهلاك بعد الاستيفاء لا يبقى مضمونا بالقيمة والدين والرهن يهلكان بالهلاك في يد المستقرض لان الرهن لا يستوفى الا بالقبض والقبض لا يتحقق الا بالاذن بالقبض والاذن بالقبض لا يتحقق الا بالاذن بالاستيفاء والاذن بالاستيفاء لا يتحقق الا بالاذن بالاستقراض والاذن بالاستقراض لا يتحقق الا بالاذن بالاستدانة فيكون الاذن بالاستدانة اذنا بالاستيفاء ضمنا وبالاستيفاء اذنا بالقبض ضمنا وبالاذن بالقبض اذنا بالاستقراض ضمنا وبالاذن بالاستقراض اذنا بالاستدانة ضمنا

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز قال الشافعي يجوز رهن المشاع وقال زفر لا يجوز رهن المشاع فإن هلك الرهن في يده فمن الثوب الاستيفاء دين لا يستوفى فيما يتناوله العقد وهو المشاع عند المشاع بنصاب طرأ عليه
حسن وتوضيحه بأن الرهن حبس الرهن لا يتعين بالتعيين بالتعيين المقصود منه وهو لا يتحقق إلا بالتعيين وكل دين يتعلق بالعين بالتعيين كالدين الذي يستحق الحبس بالتعيين وهو الدين الذي يصير رهنا ديونا ولا يجوز
يحتمل القسمة وما لا يحتملها لجواز الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن الهبة تتم بالقسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهما الحكم يوجد لا استيفاء لما لا يقبله لأن الاحتمال القسمة لا
يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه على أو الأول على الوجه الثاني يكون بالحكم الملك ويوما بالحكم الرهن فيصير كالرهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن وفي رواية الأصل عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء
الهبة جواز الانتقال لعدم الحيلولة وبالرجوع فلا ابتداء والبقاء سواء الحرمة في باب النكاح فجاز الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك وأما القبض في الابتداء فلا يتعلق بالبقاء وأما حال البقاء فحالة البقاء أيضا الرجوع
في بعض الهبة ولا يجوز قسمة العقار في بعض الرهن **قال** ولا رهن ثمرة على رأس النخيل دون النخيل ولا الزرع الأرض دون الأرض ولا رهن النخيل في الأرض دون الأرض لأن الرهن متصل غير منفصل عن خلقته فإن معنى المشاع
ولذا لا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن الرهن إذا كان متصلا بما ليس برهن لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض دون الشجر
جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار واضحا بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الأرض وهو شغول بملك الراهن ولو رهن النخيل بما عليها
جاز لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان مجرد دخل في الرهن لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لأن مع النخل يدخل الثمر جائز ولا ضرورة إلى إدخاله
من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لأن ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة

أحدهما الأيري أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين وكذلك إذا أبرأ عن الدين سقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء
القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لأن هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتغير فإن ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء وحصول
المقصود بالشيء يقرره ويتمه وإذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وبهلاك الدين يصير مستوفيا فتبين أنه استوفى مرتين فيلزم رد أحدهما
وأما في الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد الجنسين إلى هنا لفظ الشهادة وسيجيء من المص في آخر كتاب الرهن ما نظائر لك
في الفرق بين شك المسألتين فتبصر قال تاج الشريعة فإن قلت ينبغي أن لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الدين قبل التسليم
لأن حكم الرهن لم يبق قلت بقي احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المودى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس
انتهى أورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما إذا لم يثبت عن دليل
انتهى أقول الحق في الجواب عن أصل السؤال عمن يقول الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالإبراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله
ولكن لا يطالب بما تعذر الاستيفاء كما صرح به المص في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسألة إبراء المرتهن والراهن عن الدين ومسألة
استيفاء المرتهن الرهن فإذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضا فإن لم يسلم إلى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك إلى أن يسلم إلى الراهن تأمل تقف

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان
به وما لا يجوز إذ التفصيل إنما يكون بعد الإجمال **قوله** ولا يجوز رهن المشاع قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد
يتعلق به الضمان إذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن القابل به
مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه إلى هنا لفظه أقول بناء على أن القبض شرط تمام
العقد لا شرط الجواز حشو مفسد إذ الظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح إذ لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع
ليس مما لم يكن الرهن ومما لم يكن القابل به مضمونا فإن الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا ومما لم
يكن القابل به مضمونا فإن الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي إذ لا يكون القابل
به مضمونا بل يتصور فيما إذا كان القابل به مضمونا أيضا كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن
لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقدر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على أن
القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة
لقوله لأن الباطل منه فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لا أو لم يكن القابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد
لا شرط جوازه يعني أن الحكم بكون الباطل منه فيما ذكر بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح

ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استثنى بعضها ان كان الباقي يجوز استثناؤه من الرهن عينه حد بقي رهنا مصيبة ولا يدخل
لان الرهن جزء من الدار ويرد الاعلى الباقي ويمنع التسليم لكون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع التسليم الدابة المرهونة اما اذا كان
شاغلا لها اذا كان الكل رهنا حيث يكون رهنا ما اذا وضع الدابة ان الدابة مشغولة به فصار كما اذا كان متاعا في دار او وعاء ودار الدابة الراكب اذا كان الدار مشغولة بمتاعه
الدابة مع السرج والسلاح حيث لا يكون رهنا حتى يدخل رهنا وتسليما الا ان من الدابة تبعا لها الدابة تبعا لها فيدخل تبعا ولا يدخل غير تبعا ولا يصح الرهن بالاعيان كالدراهم والدنانير والمضارب في مال المضاربة
لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من صحة ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين ولا يصح الا بالاعيان المضمونة بتسليم المسمى في يد البائع لان الضمان ليس بواجب قائما بطريق
العين لرجوعه الى البائع شيئا لكنه يسقط القيمة وهو حق البائع فلا يصح الرهن فلا الاعيان ملتحقة بتسليمها وهي ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه معنا المغصوب ويدل الخلع والصلح عن دم العمد يصح
الرهن بها لان الضمان متقرر اذ ان قائمة مقام المسمى لو كان هالكا فيجب قيمته فيجوز رهنا ما هو مضمون يصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء
قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان المستقبل لا يجوز اما الكفالة فالتزام المطالبة والالتزام في الصوم والصلاة لا يصح مضافا الى الحال فكذا في البيع فلا يصح الرهن ولا يقبض قبل الوجوب
فلا يصح عند الكل اما الكفالة لا عقد حتى وقع بالحال اذا في الرهن لا يدعو الى ان يقول هذا الرهن حتى يقبض الفرد وهو الرهن حتى يقبض الفرد وهو الرهن حتى يقبض الفرد وهو الرهن
الرهن الذي يصح على اعتبار وجوه ضبط الحكم كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن برأس المال السلم وبرأس المال الصرف والمسلم فيه قال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا يمنع الاستيفاء
بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوه ضبط الحكم كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن برأس المال السلم وبرأس المال الصرف والمسلم فيه قال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا يمنع الاستيفاء
فهو ماسة وقال الجواز لانه تابع للمالية فيجوز الاستيفاء من حيث المالية ولنا ان الرهن بالمضمون على امر قال والرهن بالمسبوق باطل لانه لا يتحقق الاعتبار الباطل لا يصح تصحيحا اذ وهو الحال
الرهن بين الصرف ورأس المال السلم في مجلس العقد والصرف السلم وصار الرهن مستوفيا لانه تحقق القبض عادة ان افترقا قبل هلاك الرهن بطل الفوات القبض حقيقة وان هلك الرهن بالتقابض بطل السلم بعد الاداء ومعناه
ان صدر مستوفيا المسلم فيه فيما سوى السلم ولو تقايلا السلم وبالمسافة رهن يكون رهنا برأس المال في خمسة لانه بدل لمضار المتصور اذا هلك به رهن يكون رهنا بقيمته او بهلاك
الرهن بعد الشراء هلاك بالطعام المسلم فيه لانه رهن بدين لا يصح وسائر ثمره كمن باع عبدا وسائر المبيع والثمن رهنا ثم تقايلا البيع لا يجيز لاخذ المبيع لان الثمن بدل

الحصر انتهى اقول ليس هذا ايضا صحيح لانه مع كون الفصل بقوله ما نحن فيه ليس كذلك مما يا بي جدا كون قوله بناء على ان القبض الى آخره ان تسليمه
ذلك لا يصح بناء على ان الحكم يكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فاذا كان
مشروطا لجوازه لم يحصر ممنوع فانه مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انما ذلك فيما اذا لا يعقد العقد بصفة الفساد ايضا
وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن ان يكون الرهن مالا وان يكون للمقابل به مضمونا لا غير ويدل
على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو ان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا اصلا كالباطل من البيوع
والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن لوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا فيبقى
كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد ولكن بصفة الفساد لانعدام
بعض شرط الجواز في كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا فتدبر انتهى قوله
والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لم يشرع الا مقبوضا ان عقد
الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن لا شرط جوازه وان اراد بذلك انه لم يلزم الا
مقبوضا لا يتم التقريبين اذ المدعى ههنا عدم جواز رهن المتاع وعدم لزومه فتامل في الدفع قوله او بالنظر الى المقصود منه
وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه قال صاحب العناية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتنازع الى قيمة الدين لحاجته او لصخرة
انتهى واقتفى اثره في قوله هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع
متشارعا الى قضاء الدين لحاجته او لصخرة اقول فيه نظر على المص فيما مر كون الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال لتقع الامن
من الجحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا من الانتفاع فيتنازع الدين لحاجته او لصخرة انتهى فليت شعري ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول
المص ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر او على العلة الاولى لتقدمها في الذكر هناك
والعجب من صاحب العناية انه قال في شرح قول المص وكل ذلك يتعلق بالدوام اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا او بالنظر
الى المقصود يتعلق بالدوام وقال ما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لم يكن من الاستيثاق لما جحد الرهن والدين جميعا
فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل هذا الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به المص فيما قبل تبصر قوله بخلاف الرهن
بالدين الموعود وهو ان يقول رهنك هذا بقرضي الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته قال في
غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي لو اخذ
الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المص
حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمته وانما اطلق جريا على العادة اذ الظاهر ان يساوي الرهن

ولو هلك المرهون بهلاك الثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا فاسدا فادى ثمنه ان يحبسه ليستوفي الثمن مع لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب
ام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المالية في المدبر والمكاتب وام الولد بالنفس لذا بالقصاص في النفس وما دونها لغلبة الاعتاق
بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من المولى ولا يجوز الرهن بالشفعة لان البيع غير مضمون على المشتري ولا العبد الجاني والعبد المأذون لانه غير مضمون على المولى فلو هلك
لا يجب شيء لا باجرة الناجز والمعينة حتى لو صناع لو بين مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم رهن خمر او دم عند ذمي لانه لا ايفاء ولا استيفاء في حق المسلم ثم الرهن اذا كان
ذمة فالحق مضمون عليه للمرتهن كما اذا غصبه وان كان الرهن مما لا يضمن بالمثل كما لا يضمن بالقيمة كالخمر والخنزير فاذا اخرجه وذلك مما يتقوم في حقهم الا الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها
ولا ثمنها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو استاجر عبدا او رهن بمنه عبدا او رهن خلا او ارتشا مذبوحة فهلك العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا
لانه اذا قتل عبدا رهن بقيمته رهنا وهذا كله على ظاهر الرواية ولذا اذا صالح على خمر او رهن باصالح عليه هنا تم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف لا خلاف
ولكذا قيل به فيما تقدم من خلفه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبد الابنه الصغير لانه عقد الايداع وهذا النظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ حيث الفوات
ولو هلك هلك مضمونا والودائع تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وخرج ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بالحقيقة الايفاء ووجه
الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله الحال في هذا نصب حافظ لماله ناجز مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير الرهن
مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي وفاء ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلط المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما عدلان وهذه المسئلة البيع
فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غير رهن لنفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عند هما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع والبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من
حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لو فوت شفقته لان منزلة تخصيص وانقيت عبارته مقام عبارته من هذا العقد كما في بيع
مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو باعه الوصي من نفسه من ابن رهن عند الامين البيتيم حتى لليتيم عليه حجر الا ترى وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو ضرر الشفقة ظاهرا بل من الحقيقة حتى لا
لاب فالرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي لا دين عليه من نفسه بخلاف ابنه الكبير وعبده الذي عليه دين لان ولاية الطبع خلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لا ولاية متهمة فيه الا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا

الدين انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يمشي فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو
ما سمى له من القرض يمشي ايضا فيما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق ان يقال في البيان
هذا اذا ساوى قيمة الرهن وما سمى له من القرض او كانت قيمة اكثر من ذلك واما اذا كانت قيمة الرهن اقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن
اذ قد تقرر فيما مر ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المص ذكره ههنا حيث قال يهلك بما سمى له من القرض في صورة الاطلاق
جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساويا للدين او اكثر من ذلك **قوله** ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا قال
جمهور الشراح يريد به قوله ان الثمن بدله اقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد البيع لا يقتضي ان يكون هلاك المرهون
بالثمن دون المبيع الا يرى ان راس المال في مسئلة الاولى كان بدل طعام السلم فيه مع انه كهلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون
الثمن والصواب ان مراد المص بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه وان كان محبوسا بغيره يعني ان هلاك المرهون بما هو
الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره ايضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الاولى
تامل تفهم **قوله** وكذلك لو سلط المرتهن على بيعه قال صاحب العناية اي كما ان الاب والوصي يضمنان اذا لو سلطا المرتهن على بيعه فباعه
انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ يابى عنه جدا قول المص في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه والصواب ان مراد المص هناك
او ان الاب والوصي كما لا يخفى لهما ان يرهنا بدين عليهما عبد الصغير كذلك يجوز ان لهما ان سلط المبيع المرتهن ما بيع ذلك العبد فيتنظم
التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المص قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده كان عمه الشارح المزبور لكان ذكر
ذلك القيد مما لا بد منه بل كان عليه ان يزيد على ذلك القيد شيئا اخر وهو ان يقول واخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن
اذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عنه ولم يتمانه لا يضمنان للصبي شيئا لانهما يملكان رهن مال الصبي بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله فمن اين
يلزمهما الزمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ المتبادر المرتهن ثم بل حفظه بدل البيع **قوله** وهو قاصر الشفقة فلا يعدل
عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب قلت قوله الحاقا له بالاب علة للنفي دون النفي تامل تقف **قوله** ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير للدين على نفسه رهنهما ذلك
للدين على الصغير وعلى هذا المعنى رامي جمهور الشراح ههنا اقول فيه بعد عما يحتمله كلام المصنف فان الذي ذكره المص فيما قبل انه رهن
الاب متاع الصغير لدين على نفسه او لدين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر ان الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصي ايضا في بيان مراد المص ههنا لا يناسب سياق كلامه وايضا قال المص فيما بعد
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب اوصى الاب ولا يخفى ان هذا العطف والتنبيه يقتضي ان يكون قوله ولو رهن
بدين على نفسه وبدين على الصغير خصوصا بالاب فدرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره

ولو استدان الوصي للصبي في كسوته وطعامه فرهن به متاع الصبي جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن بقضاء الدين فيجوز وكذلك لو اشترى له رهن لان الاولى للصبي اذا كان له مال الصبي فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لا ينافيه واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير وادرك الابن مات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لو توعلا وامر جاز اذا تصرف الاب عبارة تصرفه بنفسه بعد البلوغ وتصرفه مقام ولكن الابن له حق التصرف قصاصا والابن رجع بدين على الاب لانه مضطر فيه لحاجة الاحياء ملكه فيه مصير الرهن فيما اذا هلك قبل الفكاك لا يصير قاضيا دينه بدلا فلا ان يرجع عليه ولو رهن بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لان ان هلك الرهن صار مستوفيا دينه من ماله بعد القدر ولكن في الوصي وكذلك الوصي اب الاب ذا لم يكن الاب اوصى الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاع الصبي في دين استدانه عليه وقبض الرهن ثم استعاره الوصي لحاجة الصبي فضاع في يد الوصي فلا يرجع الرهن وهلك من مال الصبي لان قبل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على المنتهى انه استعاره المال الذي على الوصي مضاء هو المطالبة فيرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذا الاستعارة لذي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه واستعمله لحاجة نفسه حتى هلك فالوصي ضامن بقيمته لانه متعد في حق المرتهن في الغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان فيه كل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على الصبي لانه وجب للصبي عليه مثل ما وجب له على الصبي فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال الصبي لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن وفضل للصبي وان كان على الدين والقيمة سواء لا يضمن المرتهن بتفويت حق المحتبس فيكون هذا عنده قولا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو اغصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد ولا الاخذ لان له ولاية اخذ مال الصبي ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصب مال الصغير لان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه لحق المرتهن لانه متعد في حقه حيث رجع الوصي على الصبي بذلك المال ذكر قال يجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يحتاج الى استيفاء منه فكان محلا للرهن فان هلكت عند المرتهن بالدين يضمن دينه منه وير

فهذا لا يحل الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالراهن والاعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصار الى التخمين بخلاف الحسن ليس فيه القبض ويحل مكانه ثم تلف ولم ان الجودة ساقطة
اعتبر في الاموال الربوية عند القابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز مرة حصل الاستيفاء بالاجود لهما يحتاج الى تقييده بالعين فتقيد بالجانب الضمان لانه لا بد من
مطالبة في مطالبة اذا الانسان لا يضمن مالك نفسه وبتقدير التخمين يتعذر النقص وقيل فيه ثم كذا اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت في يده بالزيادة وهو معروف عيار الجياد لا يضمن
عليه ما هو الهالك هو لان محله فيها مع الجودة وهو هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد ان الزيوف لستوفى من جنسها والزيادة المنفعة الهلاك ويضمن الرهن لستوفى من محل آخر
لانه من جنس الحق وقد ابرئه عنه بالتخمين ولو انكسر الابريق في الوجه الاول مرة اذا كانت قيمته مثل دين رهنه عند ابي يوسف لا يجعل على الشراء لانه لا يجب من الدين لانه صيرها جنسا
دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لانه من الضرر فيزاد الشاء افتكه بما فيه وانشاء ضمن قيمته من جنسه وخلاف جنسه وتكون رهنا عنده للرهن والمشتري للرهن الضمان وعند محمد
انشاء افتكه نقصا وانشاء حبسا بالدين اعتبارا لحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الوقوف على حالة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا هو في معناه قلنا
الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وظن ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة في جعل بالدين اتفاق الرهن وهو حكم جاهلي لان الضمين بالقيمة اولى في الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته
اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه ليتأدى من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عنده فظاهر وكذلك عنده لانه يعتبر حالة الانكسار حالة الهلاك والهلاك
عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عنده يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان
باعتبار الوزن كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة لا تقابل بالاصل فصار مضمونا استحسانا لان يكون التابع اما تبعا وعند ابي يوسف لا يضمن خمسة
اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان سدسه يقرر حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس الكسر وهذا فيه اعتبار الجودة والرداءة وجعل زيادة القيمة
لزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة منقومة في ذاتها حتى تعتبر عند القابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المرض وان كانت لا تعتبر عند القابلة بجنسها سعاة ما مكن اعتبارها وفي
بيان قول محمد وهو نوع طول العرف موضعه المبسوط والزيادات مع جميع ما قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس قبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب

واقتفى اثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية اقول لم ادر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المص بان
بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه المسئلة مع ابي يوسف وذكر الشراح ان بناء
هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف اخرا في تلك المسئلة ولا فرق ان الفرق لمحمد بين المسئلتين انما
يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن ابان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد
ينافي البناء قطعا والصواب في شرح هذا المحل ان يقال اي على تقدير ان لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية
المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الاصح على ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة المشائخ ههنا ويصح ما ذكرنا
تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف
عنده ثم هلكت الزيادة فيه فانه يسقط دينه ولا شك عليه عند ابي حنيفة وقال ابي يوسف يضمن قيمة ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد اولا قول
ابي حنيفة اخرا قول ابي يوسف كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح ان هذه مسئلة مبتدأة لان محمدا مع ابي حنيفة في تلك المسئلة المشهورة
ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد ان قبض الزيوف الى آخر كلامه تبصر **قوله** فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا
فيه المعنى قال صاحب الكفاية اي معنى الشرط وهو الملائمة اقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المص قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا
فيه المعنى وهو ملائم مع معنى كلام المص على ما ذكره الشارح المذكور وهو اي معنى الشرط الذي هو الملائمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى
فالحق ان مراد المص اعتبرنا فيه المعنى اي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو اي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم اي ملائم العقد لكونه موكدا
موجبا العقد فصح العقد وهذا معنى صحيح مطابق اخذ له في وجه الاستحسان انه شرط ملائم العقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب
قوله واذا لم يكن الرهن والا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افتر فالم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة اقول فيه شيء وهو ان التعليل
بقوله للجهالة فاعترض فاذنه تمام المدعى فانه انما يتمشى فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي
الجهالة لجواز ان يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله او كان الكفيل غائبا حيث جعله فيما يكون الرهن
والكفيل غير معين اللهم الا ان يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان والجهالة الثانية
تحقق فيما اذا كان الكفيل غائبا لكن فيه تامل الا ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط
انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائب فان معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي
عشر حقه او يعطي كفيلا غير معين وليس في ذلك من التوثق بشيء فيبقى الاعتبار بغير الشرط فينعقد العقد انتهى اقول وفيه قصور اما اولا فلانه ترك
ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فان كانت معناه مع ان كون الكفيل غير معين داخل
ايضا في مسئلة الكتاب واما ثانيا فلان قوله في التعليل يعطي كفيلا غير معين لا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائب لما ذكرنا انفا

ان غيبة الكفيل عن المجلس لا يقتضي عدم تعيينه فيجوز ان يعين المشتري للكفالة رجلا مثلا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على ان يعطي كفيلا غيره بعد ان غيره الى للكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا ان يقال يجوز ان لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المص ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقيل صح تدبر قال في العناية اخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تاخر التعدد عن الافراد انتهى اقول لا يذهب عليك ان هذا الوجه انما يتم بالنظر الى مسئلة الاولى من هذه الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شئ منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض اخر منها فالاولى ان يقال وجه الفصل كون الراهن والمرتهن او الراهن متعددا كما اشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى **قوله** الا ترى انه لو قبل الراهن في احدهما جاز قال صاحب العناية والنهاية وحاصله ان الصفقة متفرقة في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا يتصرف فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما قبض الثمن لو لم تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادعى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي بحكم الرهن لحصول المقصود كما ان بالانفكاك انتهى حكم الراهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يرد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى اقول فيه بحث وهو ان حاصل كلامها الاستدلال على الصفقة فتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا يتفرق في باب البيع بذلك انتهى بدليلين احدهما انى وهو انه لو رهن عبدين بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المرتهن الرهن في احدهما دون الاخر جاز وان باعهما بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز وثانيهما لمي وهو ما ذكره قولها وهذا لان البيع عقد تمليك الى اخره والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندي اذ لا شك ان المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الاصل وان الاصل هنا في اثبات الصفقة يتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتادي الى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير ان يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب التسمية البيع ولم يثبت بعد بل هو اول ما قصد اثباته هنا لقوله لهما وهذا لان البيع عقد تمليك الى آخره فاثبت الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الذي في ملية الفرق بين بابي البيع في تفرق احدهما بتفرق التسمية دون الاخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الردي الى الجيد متعارف في البيع ما تعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجهد في ضرورة به للبائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في

تقدم بيعه الرهن وان باطل الشيوع في حالة الحقوق وجه الاستحسان ان لقسمة الرهن اذا اذن الراهن اذا كانت حكمية وحكمية حالة الحقوق الحكمية الشيوع بضرره ويتعدى الى الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا رضي الرجلان بتجارة امرأة واذا دعت اختان الى رجل واقتسموا البنية فتارت في حالة الحجرة وتسبب بالميراث يلزم بنعامات لا يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال اذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر في الفص المنبع لان يد العدل كيد المالك والمقصود حرج اليد لا الاستيفاء فالمالك يستوفي بنفسه من الراهن بالاستيفاء ولنا ان يد العدل كيد المرتهن من وجه الا ترى انه لو هلك في يده هلك بالرهن وهو مضمون بالدين فكان يد المرتهن من وجه ولهذا يجوز ان يكون الرهن في يد الراهن وي

[illegible]

ما قسناه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان كلواحد منهما بان مالم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كلواحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه زيادة منها فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه ردما قبضه ثانيا انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليها قوله فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك ان تلك المقدمة صادقة وانما يقتضي ان لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا هذا استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن هذا انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة تبادر ارتهان كلواحد منهما مالم يصل الرهن الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو بقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء احدهما حقه اذا كان الرهن في يد الآخر وحينئذ في ذلك المقدمة التي بسطها في اول كلامه فلا يستفيد الجواب المذكور **قوله** وان اقام الرجلان كلواحد منهما البينة انه رهنه عنده الذي في يده وقبضه وهو باطل قال صاحب العناية وهو احد الوجوه في هذه المسئلة وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لانه يمكنه من القبض وليل سبق عنده كما في الشرائع وقد تقدم الا ان تقييم الآخر بينته ان الاول فانه صريح في السبق وهو يفرق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه اي بالقياس ناخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى اقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الى آخره وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو مالم يكن في يد واحد منهما مع ان هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق ايضا وايضا ان اراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المص وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد احدهما فهو المذكور في الكتاب اولا بان اراد بها قول المص ولو مات الراهن والعبد في ايديهما كما هو الظاهر ثم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه اي بالقياس ناخذ فان قلت انما ناخذ بالقياس في المسئلة الاولى لا في المسئلة الثانية فكان قوله المذكور ان يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى **قوله** يوضع في يد العدل لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الرهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى تاميها وهو العدل لما ان حكم الذائب بدا يوافق حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قال او رضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل اقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم في معنى العدل وعن هذا فان الحاكم الشهيد في الكافي ليس العدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لانه مامور بالحفظ فحسب انتهى **قوله** وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب في حفظ العين كالمودع قال صاحب العناية يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سوال ساقط لان الخصم ليس بمقاتل به انتهى كلامه اقول ليس هذا العداوة التي

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بعد اذن المرتهن فهو موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن موسرا فعلى اجازة الراهن ايضا لان الراهن يتصرف في ملك نفسه وفي تجويز بيع مال الغير على اجازته ضرر بالمرتهن لانه يفوت حقه في الحبس وفي تجويز بيع ملك نفسه على اجازته نظر له لانه يتخلص من الحبس وهو يتضرر به فيجوز تصرفه بالنظر له وان اجاز احدهما جاز لان الحق لهما فيملكان ابطاله وان اجازا معا جاز لان الحق لهما فيملكان ابطاله وان اجاز المرتهن ثم اجاز الراهن جاز لان الحق للمرتهن فيملك ابطاله وان اجاز الراهن ثم اجاز المرتهن لم يجز لان الحق للمرتهن فيملك ابطاله وان هلك الرهن قبل اجازة المرتهن بطل البيع لان الحق للمرتهن فيملك ابطاله وان اجاز المرتهن بعد هلاكه جاز لان الحق له فيملك ابطاله وان اجاز الراهن بعد هلاكه لم يجز لان الحق للمرتهن فيملك ابطاله وان اجاز المرتهن بعد ما اعتق الراهن جاز لان الحق له فيملك ابطاله وان اجاز الراهن بعد ما اعتق

الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم ان يفسد بيع الرهن ولا يتوقف ان لو انتفى بالقدرة على تسليمه بالكلية والمنتفى في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه اصلا فيتوقف على اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه اذ بواحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي **قوله** وكذا لو استهلك الراهن الرهن قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمته وانتقى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية ايضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمته ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية اصلا بل هو من المسائل الاصل التي ذكرها المص في الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدوري وهو من قوله ولو اقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ احد الشيخين في احد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ اخر في كتاب اخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم عبارة تحقق المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب ان يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر هنا فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان موجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لانه ايضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية ايضا فتتم ويحسن عطف احدهما على الاخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية بكذا وان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان موجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن موسرا ضمن العبد في قيمته وقضى به الدين وكذا لك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتامل في هذا الترتيب فلكن الحاكم الفاضل **قوله** وان نقصت عن الدين تبراجع السعر الى خمسمائة وفي كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين

خمسمائة لان ما انتقص كان هالكا وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال الزيلعي بعد ان ذكر هذا البعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو ان لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى اقول ليس استشكاله الشئ فانه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره يعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ولا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فيما الهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة باتلافه وخمسمائة بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا ولا تاثير في سقوط شئ منه لتراجع السعر اصلا وبهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل **قوله** وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان لما قلنا يشير بقوله لما قلنا الى قوله للمنافاة بين يد العارية ويد المرتهن قال بعض الفضلاء لفظ اذا وقع بعد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يد الايداع والرهن اقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل المذكور

قال اذا اعار للرهن الراهن ليرهنه او استعار للرهن فقبضه جاز من ضمان المرتهن لسقوطه بيد العارية وبيد الراهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لموت النفس المضمون للمرتهن
ان يستحق حبسه الى يده لان عقد الرهن باق الى ان يكمل الضمان في الحال لانه لو هلك الراهن قبل اداء الدين كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بيد رهنية
والضمان ليس من لوازم الرهن على ما قال الاتراسي ان كل الرهن ثابت في ولد الرهن ان لم يكن مضمونا فلذلك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض عن الرهن فيعود بصفته
ذلك لان اعارة احد هما اشبه بالاخر من استقراض احد النقدين من الاخر لان كل واحد منهما يرد بعينه كما كان لان كل واحد منهما مأذون فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشر احدهما
باذن الاخر حيث تخرج عن الرهن وبيد الاجنبي مضمونة وقوله الراهن قبل الرهن لسوء للزمام لانه تعلق بالرهن حتى لا يرتهن وهذا لان العارية لا يتعلق بها حق
لازم وافية واذا استعار الرهن من الراهن ليعيد به فهلك قبل ان يأخذه في العارية فهلك من الراهن ولكن اذا هلك بعد الفراغ من العارية وهو هلك في حالة
العارية بغير ضمان لتبوت يد العارية بالاستعارة وهي مخالفة لليد الرهن فانتفى الضمان ولكن اذا هلك بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فاجازه
به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد معتبر باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للرهن كما
ينفصل من ولا في حق البائع والاطلاق واجب لاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه
لان التقييد مفيد وهو نفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بماليته اذا رده ونفي النقصان ايضا لان غرضه ان يعيره مستوفيا لاكثر مقابلته فكان الحاق ذلك بيوجب عليه فكان ذلك
التقييد بالجنس وبالرهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاستيفاء في الامانة والحفظ واذا اضاف كان ضامنا ثم انشاء العقد ضمن
المستعير وتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وانشاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بينا
في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما اداه به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن تمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب
الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بالهلاك هذا القدر وهو الموجب للرجوع دون النقص بذلك لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب
مثله لرب الثوب على الراهن على ما بينا وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى
الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن ان يمتنع لانه لا يتضرر به لانه غير متبرع
حيث يخلص ملكه ويبرأ حق الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو يسعى في تخليص ملكه ولا في تقرير دينه فكان له
ان لا يقبل ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يؤدي شيئا مما اقتضاه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن
لانه ينكر الايفاء بل ادعاء الهلاك في قائمة العاقدين كما لو اختلفا في مقدار ما اداه والقول للراهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار صفة ولو رهنه المستعير بدين موعود
وهو ان يرهنه فيقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن المرتهن المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان مبادلة مالية الرهن باستيفائه
من المرتهن كسلامه منه بادائه فمنه عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لتمام ملك الرقبة لهما المرتهن بالجبار انشاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه

في شرح الشريعة في الكفاية مفصلا مستوفا فكانه لم يرهنها لمن شيئا وقال بعضهما قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشر احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن
فلا يعود الا بعقد مبتدأ قال الشراح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى اورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بان قال اذا كان الايداع من اجنبي فينبغي ان
لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى اقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من يضمنا بوضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا اودع احدهما الرهن فحينئذ لا سابق
بالايداع للمنافات بين يد العارية والدين واما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن
في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الجهة كما تبين في بابه ولم يوجد شيء اخر يقتضي انتقاض هذا القرض فبقي الضمان على حاله

قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع اعلم ان قوله جبرا على
الراهن في اثناء هذه المسئلة من مغلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين اعتبر الراهن كما ذكره شمس الائمة السرخسي
وفخر الاسلام البزدوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المص جبرا عن الراهن تصحيف عن قول
محمد حين اعتبر الراهن فوقع من الكاتب او القاري وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه وهو الموافق لتقرير
صاحب الكافي في هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين واراد المعير ان يفكه جبرا بغير رضاء الراهن ليس للمرتهن ان يمتنع
اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فاراد المعير ان يفكه جبرا عن الراهن اراد ان يفكه نائبة عن الراهن جبرا على المرتهن وقال
صاحب العناية قوله افكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات
عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما اذا اراد المعير ان يفكه قبل حلول
اجل دين الراهن اذا لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم جبرانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين
الراهن جبرانا لما فات عنه من القضاء بنفسه مع ان تلك الصورة ايضا داخلة في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لم يسمع في
المعربية جبر عنه سوى وكان من الجبر بمعنى الجبران ومحال الاغلاق في تركيب المص انما هو كلمة عن الداخلة عن الراهن لا كون الجبر بمعنى
القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الا ان يضاد الى تقدير لما فات جملة وجعل
كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلقة كلمة عن لفظ نائبة وحده
كما فعله صاحب الكفاية قوله ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله يرجع الى الراهن بما
ادى غير مجبر على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر الدين لا ما اكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وفتاوى
قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع باكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن
الفا فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين رجع بقدر ما يهلك الدين وهو الالف ولا يرجع باكثر من الف لانه لو يهلك الدين لم يضمن الراهن

وانشاء ضمن المغير قيمته لان الحق قد تعلق بقيمته وقد اتلفه بالاعتاق وتكون رهنا عنده الى ان يقضي دينه ويرد وقال المعلوم ان استرداد القيمة
كاسترداد العين ولو استعار عبدا ودابة ليرهنه في مجلس فرهنه ثم ان العبد مات او ركب الدابة فعطبت او رهنهما ثم ان مثل قيمتهما ثم قضى المال ثم ان المرتهن حلف على الرد
قد ضمان على الراهن لانه قد وفى من الضمان حين رهنهما لانه كان امينا فالف ثم رد على الوفاق وكذا اذا فك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد ثم عطب ثم عقب
بعد ذلك فمن هو متعد لانه يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف الاستعارة في
يده ويده نفسه فلا يبرأ من الرد الى يد المالك لان المستعير في الرهن يحصل مقصودا لا مجرد وهو الرجوع عليه عند الهلاك فيتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن
مضمونة لانه تفويت حق لازم شرعا وتعلق مقدر بالمال فيجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كغصبه حتى لو ثبت مال الرهن وتحقق الرهن يضمن لقاء ذكره وقد اراد بالمثلث
والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الموصى له قيمته لتشتري بها خادم يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان صرفة
الدين لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه المالك قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن على مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رح قال عبد الله على المرتهن
معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال وهو الوفاقية فلا يرد جناية المملوك على المالك الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه
لان ذلك عند اداء الضمان ثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت وهذا في الخلافية ان الجناية حصلت على ملك المالك في الاعتبار
فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر وقت انشاء الراهن والمرتهن ابطال الرهن وهذا بالجناية الى المرتهن ان قال المرتهن اطلب جنايته فيرهن على حاله ولذا لو هذه الجناية لو اعتبرناها
للمرتهن كان عليه التطويل من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد جريان الضمان له صح وجب التخليص عليه جنايته على مال المرتهن معتبرة بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه
لا فائدة في اعتبارها لانه لا يملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعند ابي حنيفة رح انه يعتبر ايضا لانه لا يفضل ضمانه جناية العبد الوديعة
على المستودع وعندهما لا تعتبر لان ما لا يعتبر فيه ثابت فصار كالمشتري وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن لان الاملاك حقيقة قد انتهت فصار كالجناية على
الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر وحبست قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا رجوع على
الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عند تاخره والزفر رح وهو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين وكذا ان نقصان السعر عبارة عن
فتور رغبات الناس وذلك لا يتصور في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يفوت الاستيفاء فيه اذ اليد بدل الاستيفاء واذا استقر
شيء من الدين بنقصان البيع في حق الدين فاذا قابله خمسة قيمته هالة لانه تعتبر قيمته يوم الارتداد في ضمان الارتداد لان الجاني بقدر الفائت واحكام المرتهن لا تدوم المالية في حق المستحق

للمعير اكثر من ذلك فكذلك اذا فقد لك كان متبرعا بالزيادة انتهى وافتى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل حاصل
النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المص لانه يوضح المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى اقول فيه نظر لان قول المص ولهذا يرجع على
الراهن بما ادى من مقامات دليل هذه المسئلة لا توافق هذه المسئلة ولا يخفى ان مقدمات الدليل لا يجب ان توافق المدعى في الخصوص والعموم
ولا في التقييد والاطلاق الا يرى ان كلية الاكثرى شرط في اشهر الاقيسة واقوالها وان كان المدعى جزئيا فما اين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد
مقدمات دليلها ايضا حتى يستغنى عن تقييد بتلك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا فك
باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع بالزيادة على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار
الاضطرار يثبت في حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه ليتمتع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ لم يكن
ان يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى اقول هنا كلام هذا نوع غرامة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال
واجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا لا نسلم انما وجب على التفسير باعتبار ايفاء
الدين عن ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان الجواب
المذكور مرضي عند الزيلعي ايضا فلا حق لاستشكال كلام صاحب النهاية بعد ان راى الجواب والسؤال مسطورين في النهاية على الاتصال
بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنه كان عليه ان يبين محل فساده ولا ينبغي ان بعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه
قوله وان شاء ضمن الغير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق اقول كان الحق في التعليل ان يقال لان الحق تعلق بالعين
وقد تلفها بالاعتاق اذ لا شك ان المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر سيرة مرة
قوله الا الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي ما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهو ان
جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك وافتى اثره صاحب العناية اقول لا وجه عندي لافهام لفظ الوجه في
تفسير مراد المص لقول المذكور اذ يصير المعنى حينئذ ما وجه المسئلة الوفاقية اي علتها لهذه العلة المذكورة في الكتاب لان المص قد ادخل
الامر على الخبر كما ترى فيؤول المعنى الى ان علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم ان يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو
فاسد قطعا قوله ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الراهن ورفعاه بالجناية الى المرتهن قال صاحب العناية قوله ودفعاه فيه تسامح
لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة لانه وان كان قابلا لذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته او التعلية سماه واقعا ومناه
انتهى اقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ واريد به في
المرة الاولى اصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك ومنها نحو فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع
مرة واحدة بصيغة التعدية وصيغة التغليب لا غير كما لا يخفى قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي

[illegible]

قال وان كان مقابلا بالدين [illegible] قال وان قتل عبد قيمته مائة [illegible] الدين [illegible] الدين [illegible] الدين

فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن كان الرهن استوفيت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان اذا كان دين المرتهن قد حل اخذه لانه من جنس حقه وان كان لا يحل اسكه حتى يحل فان كان ثمن العبد لا يفي بدين المرتهن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين لا يستهلك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعد ذلك لا يرجع على احد لانه وجب عليه بتعلقه فان كانت قيمة العبد الفين وعشرون بالنقد وقد حق العبد يقال لهما اقيد لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن في الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه ويطلبه من المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منعه الرضى به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راضيا كان او مختارا اما المرتهن فلانه لا يرضى بالفداء ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن الا افدي لهذا ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فالمرتهن محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح وكان الراهن اقدر على الراهن لانه يقدر واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيطالب الراهن فاذا التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله لا يرجع مع الحضور وتسليمين القولين انشاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وقال الراهن فانه يحتسب على المرتهن بنصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلا يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا لما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اداه في نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي وكان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة له وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر له المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا فقد دفع ما يحتاج الى ادائه المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصية الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه فان لم يكن له وصي نصب القاضي وصيا واجره ليبيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجز الناظر لا بنفسهم والناظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره وليست له مال من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه اجزه ولا تجوز اجارته

لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك اولى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقدم الفا تحقيقه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على ان مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرح قوله وحق ولي بالجرائر دين العبد مقدم على دين المرتهن وتقدم ايضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فاقول هذا في غاية الضعف لان المسألة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسألة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه لا مناقضة لامحاله الى هنا لفظ الغاية اقول لا تدافع بين كلام هو لا الشراح وبين المسألة التي استشهدوا بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسألة فانه وان دفع العبد الجاني اولا الى ولي الجناية الا انه لم يبق في يده بل بيع ووقع ثمنه الى الغرماء وقد كان يتنبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر فعلم ان الدين كان مقدما حقيقة انتهى قوله فان فضل شيء الى آخره اقول فيه شيء وهو ان الظاهر من اسلوب تحرير الكتاب ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره من متفرعات المسألة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة ان المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور ان يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي بيع فيلزم ان لا ينتظم المعنى اللهم الا ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره مسألة مبانية للمسألة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون انفا في قوله فان فضل لمجرد التنبيه الذكري كما يستعمل الفائدة المعنى ايضا على ما عرف في علم الادب تامل

فصل

هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب فلذلك آخره استدراكا لما فات فيما سبق **قوله** لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء اقول لقائل ان يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسألة على كان يكفي ان يقال ومن رهن عصير خمر بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتامل قال صاحب العناية وقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا يختلف عن ذلك الاصل وقال ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما يتبدل الوصف فلذلك يختلف عن ذلك الاصل انتهى اقول في الجواب بحث اذ لقائل ان يعود ويقول لو كان تبدل المحل ههنا يتبدل الوصف كان ينبغي ان يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم ان يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في مسألة الاشتراء ان المبيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع انه ذكر في الكتاب ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض بقي العقد الا انه يتخير في البيع فان قيل لما التبدل ليس بتبدل حقيقي بل تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي فلنا لقائل ان يقول بان هذا التبدل الحكمي كان له تاثير في التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تاثير في كون المبيع هالكا بالفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال اولا وبعض الفضلاء على الجواب المرموز بوجه آخر حيث قال فيه

لانه اثر بمعنى الوفاء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينه مقصلا ان وجده جاز الزوال المانع بوصول حق الغير ولو لم يكن كذلك لم يجز لانه اعتبر بالايفاء الحقيقي وتبرع في دينه لانه ايفاء فلا قبل الرهن فكذا بعده واذا رهن الرهن بدين للمسلم على رجل جاز لانه استيفاء وهو تملك قال رحمه الله سند وفي رهن الرهن تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى **فصل قال** ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر صار خله يساوي عشرة رهن عشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والمنفعة وان لم يكن محلا للبيع ابتداء في محل له بقاء حتى من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد لانه يتغير والبيع لا يتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فذبح جلدها فصار يساوي درهما صار رهنا بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حتى يعتبر الهلاك بعوده كما بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فذبح جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع **قال** وبناء الرهن للماهن وصوفه للولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك هلك مقدر بشيء لان الاشياء لا تقابل لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ الملك لا يثبت لها وان هلك الاصل وبقي النماء انفك الراهن بحصته ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تعتبر مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء انفك الراهن لما ذكرنا وتصور المسألة على هذا الاصل فخرجه وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وقائمة في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن لا تحلب لبن شاة في ملك حلال فحلب شرب فلا ضمان عليه في شربه ذلك اما لاباحة تسمى تعلقها بالشرط والخطر ولا بالاطلاق ولبن مع الخطر لا يستحق من الدين لانه انتفاء باذن المالك فان ابتلك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة في اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين في حصته وكذلك ولد الشاة اذا كان لها ولد الراهن في قدر ذلك جميع النماء الذي حدث على هذا القياس **قال** يجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين هذا في حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر رحمه الله لا تجوز فيهما والخلاف في معنى ان الرهن والثمن للثمن والثمن للتوثيق سواء وقد ذكرنا في البيوع ولابي يوسف انه في الحقيقة الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان وكلما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير ما نحن فيه من صحة الرهن بالاتفاق من الدين جاز وان كان الدين الفاهر من الشيوع في الدين

بحث لان مال ما ذكره ان يكون السالب لقابلية الخلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية مصححا لها وقال والاولى ان يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء النهي عن الاقتراب والاعتزاز ولا يوجد ذلك في البقاء فالمقابل الى هنا كلامه اقول جوابه الذي عده اولى ليس بشيء لان مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل ان يقول الى آخره انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة ان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه ان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك ان القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقائل يكون ماله تغيير تعليلهم المذكور الى ان يقال ان يكون حكما للبيع يكون حكما في الرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب ان ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر **قوله** ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ اقول لقائل ان يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في اثناء ذكر دليلهما لان دليل ابي يوسف ايضا وهو القياس كما افصح عنه تقرير المصنف اياه حيث قال ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور اغنى قوله وهو القياس في اثناء تقرير دليلهما والجواب انه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن اصل ابي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن اصل ايضا الثلثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان اصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو انه لما كان دليل ابي يوسف في الخلافية الاولى هو القياس كما افصح عنه في تقريره جاز ان يتوهم ان دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافه ههنا فنبه على ان اصلهما ايضا هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان اصلهم في الخلافية الاولى **قوله** والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير مقبوض وعليه ولا مقبوض به بل وجوبه سابق على الرهن اقول لقائل ان يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز ان يكون الدين الذي زيد دينا جديدا حادثا بموجب متأخر عن عقد الرهن في الاستقراض وغيره والجواب ان الكلام في الالتحاق باصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن اصل عقد الرهن الا انه يثبت بالالتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك ان زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تامل تفهم **قوله** ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط القيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح اقول ههنا نوع اشكال وهو ان الاستيفاء الحكمي الذي كان يثبت للمرتهن بقبض الرهن اما ان ينتقض باستيفاء

والاتفاق باصل العقد لا يمكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوده سابق على الرهن ولكن لما في بعد نفسه ولا اتفاق باصل العقد في بدل العقد بخلاف البيع لان
ستين بدل ما بعد تمامه وصحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه الزيادة قيمة بالنظر الى الدين على قيمة الزيادة وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فيقسم حتى كانت قيمة الزيادة يوم القبض
خمسة اثلاثه لان يوم القبض الثلاثة الدين الثلاثة تسلم الدين الثلاثة الى الزيادة ثلثه الدين ولا اصل تقسيم الدين باعتبار قيمتهما في حق الاقتدار وهذا لان الضرائب في كل واحد منهما
ثبتت بالتبني فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض فاذا ولدت المرهونة ولدا فهو الراهن فاذا مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ثلث فالعبد رهن مع الولد قاصد يقسم ما في الولد على
وعلى العبد الزيادة لانه جعل زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام فسبيله وما اصاب الولد فهو لان الزيادة
وقعت على الولد **قال** فان هلك عبد يساوي الفا بالف له اعطاء عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرد لان الراهن والمرتهن في الامر امين حتى يتعلق مكان الاول
لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض الدين وفيما اصر فلا يخرج عن الضمان لانتقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي كان الاول في ضمانه لا يدخل التالي في ضمانه لانه ما رضيا بدخول احدهما
فيه لا يدخلهما فاذا دخل الاول دخل الثاني في ضمانه قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جيادا
فاستوفى زيوفا فقبضها جيادا والرجل بالزيادة وخالفه بالجياد واخذ هذا فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف وقيل لا يشترط لان المرتهن يقبض الكل على انه رهن ما صار امانة من
قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الصحة وكان الرهن عنده امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو برئ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه
ثم هلك الرهن في يد الراهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند نوع الوجود فما في الدين اوفر وهو الدين بالوفاء او الهبة
لا جهته لسقوطه الا اذا احدث صنعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية اشتراء وكذا اذا اكتسبت المرأة رهنا بالصداق فاداه زوجها وقبضه او ابرأت بالصداق والنفاذ بالله قبل الدخول
او اختلعت منه على جهد ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يقض شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى الرهن كله بايفاء الراهن او بايفاء متطوع
ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو ضامن عليه او المتطوع بخلاف الابراء وجه الفرق ان الابراء يسقط الدين
اصلا كما ذكرنا ولا استيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعدد الاستيفاء لعدم القائم لانه يعقب مطالبة مثله فاما حق في نفسه فقد اتلفه فاذا هلك يتقرر
الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن
بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء بطريق الاداء لانه دخل به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه اما ما يكون عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه
دين لانه بمنزلة الوكيل ولكن لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لوجوب الدين باتفاقهما على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب

الدين حق تعلق بايفاء الراهن او بايفاء المتطوع قبل هلاك الرهن او لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك تقرر الاستيفاء الاول وقد تقرر عندهم ان النقض لا يعود وقد مر في الكتاب عن قريب
وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم ان يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع وتكرره مؤد الى الربوا فاسد كما مر ايضا غير مرة ويمكن ان يجاب بانه غير منتقض بل باق
على حاله لكنه في قوة الزوال الانتقاض وهو التمسك بالرهن على الرهن سببا اذا وجد ايراد عليه تحقق الاستيفاء الحقيقي كما في نحن فيه وكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي بالم يتحقق الاستيفاء
الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فاسد لهذا غاية ما يمكن في التقصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن تكلف قوله بخلاف الابراء قال
صاحب العناية بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من تتمة الى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الابراء وقال الاولى
ان يرجع الى قوله فيكون الجهة باقية انتهى اقول لا مساغ عندي لان يكون قوله هنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لان المصنف قال
بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما صر بخلاف الابراء وبين وجه الفرق بين الابراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله هنا بخلاف الابراء راجعا
الى قوله ولو استوفى لزم التكرار الحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك والله اعلم

كتاب الجنايات

اورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس الا يرى الى
قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في
اكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما لليل انسان
فعله انتهى اقول ليس هذا الشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولا شك ان احكامها مشروعة
ثابتة بالكتاب والسنة ايضا فلا معنى لتاخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية في اللغة اسم لما يجتنيه من الشر اي تكسبه وهي في الاصل مصدر فجعل
شرا وجناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء الا انه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحيوة
والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكافي والشروح **قوله** القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب قال صاحب النهاية
وجه الانحصار في هذه الخمسة هو ان القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان يكون به قصد
القتل ام لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان يكون معه قصد التاديب والضرب ام لا فان كان فهو شبه
العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جاريا مجرى الخطأ ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير
كل واحد منها انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك ان القتل الخطأ كما يكون
بسلاح يكون ايضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة واما ثانيا فلان قوله فان كان فهو هو شبه تفسير الشيء بنفسه واما ثالثا فلان قوله وان
لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب تام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم ان يكون القتل بسبب البتة بل يجوز ان يكون القتل

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام **قال** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح كالحديد من خشب وليطة القصب والمروة والحجر والنار

بخطأ محض ايضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة اوجه وذلك انا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان **قوله** والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال جمهور الشراح انما قيد بذلك لان انواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه اكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل لقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظيره ما قاله محمد في كتاب الايمان ثلثة ولم يرد به جنس الايمان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله وبعين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى اقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر ان شيئا من انواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا او رجما او لقطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما يكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة بهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بان انواع القتل اكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط الا ترى انهم جعلوا وجوب القود من احكام القتل العمد مع ان له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي اصلا ومنها ان لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ولا بالمستامن في ظاهر الرواية لان عصمته ما يثبت مطلقة بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في خاتمة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط لترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في نفس اوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون المقتول معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالظاهر ان مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق الاحكام به التنبيه على ان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات وتترتب عليه احكامها دون احوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة يتناول كل ذلك **قوله** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه اي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى اقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي انه اذا تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنق ذلك الرجل فابان راسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان اصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود انه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع انه جعل ضربه القتل العمد واجرى عليه حكم قتل النفس وهو

لان القتل

لان بعبده

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة **قال** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه

القود تامل **قوله** لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك اقول فيه بحث وهو ان هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم او ضربه بسيف لظنه صيدا فاذا هو ادمي او لظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا في نوع الخطأ في القصد وكما اذا رمى عرضا بآلة قاتلة فاصاب ادميا وهذا في نوع الخطأ في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك ايضا مع انه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقا ففيما اذا عرضا فاصاب ادميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فان استعمالها فيه ايضا لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها لضربه مطلقا وفي نوع الخطأ في القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت كون استعمال من نبذه الحيثية امر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من اصحاب المتون القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب او حجر او ليطة او نار وجه انه يلزم اذ ذاك ان يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفي ذكره بل لما كان القيد تعمدا في الكتاب ايضا في قوله فان تعمد ضربه وجه بل كان ينبغي ان يقال فان العمد ضربه بسلاح او ما جرى مجرى السلاح فتدبر **قوله** وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية اقول لقائل ان يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد المأثم والمسلم يقاد بالذمي عندنا ولا شك ان وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا ان يقال الآية المذكورة وان افادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط لعبارتها الا انها تفيد المأثم في حق الذمي عمدا ايضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظرا الى التكليف او الدار كما سيأتي تفصيله فان قيل يبقى خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة اخرى وهي ان المذهب عند اهل السنة والجماعة ان المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب فالظاهر ان المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز ان يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب اهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير ايضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال ايضا والا لما لزم من استحالة الخلود في النار **قوله** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه يعني ان ظاهر الآية يوجب القول بالقصاص اينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطأ الا انه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الامة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اي موجبه قود كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه

ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك **قال** الا عن يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير رضاء القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطاء فكان ادعى الى ايجابها

لانا نقول لم لا يوجب هذا الخبر تقييدا الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى اقول سوالة ظاهر الورود وينبغي ان يخطر بالبال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم ار احدا سواه ساتم حول ذكره واما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز ان يسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سوالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسوال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المذكور تنكر **قوله** ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة عامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذاك حجة اخرى فقال في تقرير الاولى وتقريره حجة ان العمدية يتكامل بها الجناية وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقال في التقرير الاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم ان يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية ايضا بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير ان يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة اخرى يلزم المصادرة على المطلوب ايضا يلزم حينئذ ان لا يفيد المدعى ما جعله حجة اولى لان نتيجتها على مقتضى تقريره ان العمدية كانت حكمة الزجر عليها اكمل ولا يلزم منها ان لا تتحقق حكمة الزجر في غير العمد اصلا فيجوز ان يجب القصاص في غير العمد ايضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب فالصواب ان قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح او الى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات ان القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة ثم اقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو انه قد تقرر في كتب الاصول ان مرجع الادلة المذكورة في علم الفقه باسرها الى القياس وبهذا صحوا انحصار الادلة الشرعية في اربعة الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف هنا ولان الجناية بها تتكامل الى آخره راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الاصول فليتامل **قوله** ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية لجواز ان ياخذها الولي من القاتل بدون رضاه حتى يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي رح لانه تعين مدفعا للهلاك كذا في الشروح اقول للخصم ان يقول لا شك انه تعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفي لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر ان العاقل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا باداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد اداء ذلك ايضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن اداء المال بعد ذلك سفها والقا لنفسه في التهلكة فينبغي ان يحجر عليه ثم اقول لعل الاولى في الجواب عن قول الشافعي رح لانه تعين مدفعا للهلاك ان يقال هذا التعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الاصول

ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد رح وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب نحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

قال في العناية اخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلا فيه بحث لان رضى القاتل لا يفيد ورضى الولي موجود في محل النزاع والاولى ان يكتفى في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضى القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى اقول بحثه ساقط لان قوله لان رضى القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضى الولي يفيد امرا زائدا على رضى الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضى الولي وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية اشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضي والتصالح تاثيرا في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما فيه والخير انفى الشر لاحتماله التفاوت بينهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان المعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افنا قبيلة بواحد لانهم كانوا ياخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص ان لو كان ايجابه في مقابلته على وجه التعيين واما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين اخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع بحكمة القصاص اذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم تخيره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره وكان كما اذا عفا او صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه **قوله** ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل فلهذا لم يشترك حال لان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاءان والجناية على العمد يستوي فيه العمد والخطا انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السوال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو ان الكفارة لا تناط على ما هو كبيرة محضة لا اصل المدعى وهو انه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم ان يشكل الدليل المزبور به سوا كان جناية الفعل او جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطا انما يفيد لو اورد السوال على اصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بان ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى واما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب اصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم ان لا يصلح للكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا **قوله** ولان الكفارة

وقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا يعني ان تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطا لا يعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شيء يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى لتعذره كذا في النهاية وغيرها قال صاحب الغاية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث وائل بن الاشقع قال انما نحن رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمنا لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الثاني يقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى اقول للخصم ان يقول هذا مشترك الالزام اذ القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء ان يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم ان يكون القصاص ايضا مذكورا في الجزاء مع انه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور في الاية على الجزاء الاخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شان الكفارة ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بوجهين احدهما ان وجوب القصاص عرف بآية اخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على ان القصاص ليس من اجزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فصار عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وثانيهما ان القصاص جزاء الفعل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول واما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الاصول ايضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم ان يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو اوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحمل الاية على المستحل لان المذكور في الاية جزاء قتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا واما تاويل الخلود فعلى معنى انه لو عاش بعد له او على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى اقول ليس شيء من ذينك الدليلين المستقيمين لعدم وجه حمل الاية المذكورة على المستحل بمستقيم اما الاول منهما فلان كون المذكور في باقي الاية جزاء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة ايضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال العياذ بالله ولا شك ان القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففي الاية اذن اذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى واما الثاني منهما فلانه لا يلزم من حمل الاية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول

قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مخففة على العاقلة لان الكفارة وجبت بقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فتجب على العاقلة اعتبارا بالخطأ

[illegible]

لنص الشرط المنصوص بان يكون المراد من متعمدا معنى مستعملا مجازا لقرينة ذكره الخاوفي الجزاء وكان الائمة حملوا متعمدا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبان يكون معنى من قتل مؤمنا من قتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة ان ترتيب الحكم على المشتق يقتضي غلبة الماخذ ولا شك ان قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ اصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم اصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده انه نزل في مقيس بن ضبابة وجد اخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه دية فدفعوا اليه ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا والمراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على ان عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى ههنا لفظ القاضي **قوله** وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ اقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطاء او الحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطأ واما كان يرد عليه ان يقال ان يعينا لدفع الذنب الادنى في الشرع لا يعينا لدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ اذ لا شك ان شبه العمد ايضا اعلى ذنبا من الخطأ المحض فان الجاني في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه الماثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية انتهى **قوله** والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ اقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ ان يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وان يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ وليس ذاك بواضح اذ المصنف قال في اوائل كتاب المعاقل والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات انه روي عن حمل بن مالك قال كنت بين ضربتين فضربت احدهما الاخرى بعمود فسطاط وبمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال آخر ما الذي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله لبطل فقال عليه الصلاة والسلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية وغنى واضيو العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر في المبسوط ايضا ولا ريب ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ وكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتامل **قوله** ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال جمهور الشراح اراد به قوله عليه السلام الا انه قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول ما رويناه وقال والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى انتهى

قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل اما في نفسه فلا يتصور عن الاثم من حيث ترك العزيمة وللبناء لغتين في التنبيه في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اتمام فعله تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجرى مجرى الخطاء مثل ان ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دفعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان باثر الحفر في غير ملكه يأثم بالاتفاق علما لانه وهذه كفارة ذنب القتل ولا الحرمان لكونه سببيا وان كان شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة دون ما دونها لا يختص اتلافه بالآلة دون الآلة والله اعلم

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل معصوم الدم على التأبيد اذا قتل عمدا

اقول فيه كلام وهو ان حاصل المعنى المنقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصاء الكبيرة على العصاء الصغيرة في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له وبالك منكر كون القتل بالعصاء الصغيرة ايضا شبه عمد فانه قال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المنقول المذكور حجة عليه قوله والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا اقول في عبارة الكتاب هنا تسامح فانه قال في تفسير الخطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال في تفسير الخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل واحد من نوعي الخطاء غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته وكان اخص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له وكان الظاهر ان يقال في كل واحد منهما وهو نحو ان يرمي او هو كان يرمي اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء قصد اكرمه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه غرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطاء ضربان خطاء في القصد وخطاء في الفعل فالخطاء في الفعل ان يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطأ واصاب غيره والخطاء في القصد ان لا يكون الخطاء في الفعل وانما يكون الخطاء في قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن اخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال ومن قال الخطاء في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم انه شرط في الخطاء في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا يتحقق الخطاء في الفعل والشرط المذكور منتفٍ في الصورتين ثم انه اخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطاء في الفعل ولا قصد فيه انتهى اقول كل من وجهي رده ساقط جدا اما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطاء في الفعل الا ان لا يصدر عنه الذي قصده بل قال فالخطاء في الفعل ان يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا اعم من ان يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره المراد من الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ بل يجوز ان يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ ما الصورة في صدور ما قصده ايضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة واما الثاني فلان تحقق الخطاء في الفعل في صورة ان سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هنا ما اجرى مجرى الخطاء كما لو انقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطاء اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة ان سقط من يده شيء فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما اجرى مجرى الخطاء الى الكلام هنا في نفس الخطاء لا فيما اجرى مجرى الخطاء فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلا فيما بعد قوله ولا اثم فيه يعني في الوجهين اقول كان الاولى للمصنف ره ان يقول يعني في كل واحد من الوجهين اذ يحصل حينئذ اصلاح افراد الضمير

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه لما فرغ من بيان انواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة

اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التابيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتحقق المساواة **قال** ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه **قال** وللمسلم بالذمي خلافا للشافعي رح له قوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي

قوله اما العمدية فلما بيناه من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا انتهى اقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل والمكون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا يدل عليه الاية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما افصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه يفيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولا الجناية بها تكامل الى آخره فكيف يتصور ان يندرج قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى في قول المصنف هنا اما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك انتهى اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الاية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الاية وهو ما روي عن ابن عباس رض ان قبيلتين من العرب قتلا وكانت احداهما تدعي الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الاية ردا عليهم كذا في الشروح اقول القائل ان يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفي ما عداه الا ان تعريف المسند بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى اي لا غيرها والامير الشجاع اي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية المستدلين على ان موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه الصلوة والسلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به ان الالف واللام في قوله العمد للجنس فيفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول ايضا وفي الاية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فيحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد اشار اليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لزمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا يكون فتنة اي فتنة الكفر فورث شبهة عدم المساواة انتهى اقول قد عمل الشبهة المذكورة في الكتاب ههنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر اما اولا فلان المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم

ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار فيبيح كفر الحارب دون المسالم والقتل بمثله يوذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة

المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا اخر فيل لا يكون هذا منافيا لما سبق او مستدركا واما ثانيا فلانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يوذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة ههنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قيل الذمي بمثله لا يوذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي وانما يوذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذمي فالصواب ان المراد بالشبهة ههنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بلا اعتبار كما لا يخفى

قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار قال صاحب العناية في حل هذا التعليل ولان القصاص المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا انتهى اقول وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي رح وقوله او الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح ايضا هناك وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي رح واذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي رح هو الدين فكيف يتم القول ههنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم اقول لعل كلمة او في قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار بمعنى الواو كما في قوله بيان كسر غيفه او كسر عظم من عظامه فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة او وعبارة الكافي والتبيين ايضا فان المذكور فيهما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والتكليف انتهى فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع اتفاق كلمة او على اصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص الا يرى انه اذا قتل مكلفا ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من ان يكون في دار الاسلام ايضا **قوله** والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد والعطف للمغايرة يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذو عهد في عهده فانه معطوف على مومن فالمعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد وهو الذمي انما لا يقتل بالحربي دون الذمي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المومن غير المسلم وقد اشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل لم لا يجوز ان يكون قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين هذا جملة ما في الكافي واكثر الشروح في هذا المقام اخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رض وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو حنيفة عن علي رض لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاستقل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو

قال ولا يقتل المسلم بالذمي لقوله عليه السلام لا يقتل مسلم بكافر وكذلك كفر باعث على الحرب لانه عين قصد الرجوع

قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لاداته الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذمي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص اي لا يدل الاعم على ان يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلث واما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره ايضا الا يرى انا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا امر لا ستره به فيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافرا عم من الحربي والذمي لدل على ان لا يقتل مؤمن بشيء من افراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ح ولم يلزم ان لا يكون ما فرضناه دليلا لشافعي ح دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا له لا يقتضي تقدير شيء في الحديث اذ لا يتبع تعيين معنى الحديث جعل الشافعي ح ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعيين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي ح دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذورا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي ح دليلا له لازم ايضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رايه لان الحربي مباين للذمي لا محالة وعدم دلالة احد المتباينين على الآخر اظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من ان يكون كافرا في الحديث اعم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي ح دليلا له فلان لزم من ان يفيد كافرا في الحديث بحربي ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي ح دليلا له اولى فكيف يثبت تقدير حربي على رايه وبالجملة قد صرح الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب العناية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه القتل بالحربي هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم ان المراد من الكافر الحربي انتهى اقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث الكافر حتى يتجه ما توهمه من ان قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرة المؤمن دفعا لاحتمال ان يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المؤمن ايضا اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذمي ايضا عند الشافعي ح فلا يسلم التقييد بحربي واما اذا كان ذو عهد مغايرا للمؤمن فكان المراد به هو الذمي تعين ان يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم ان لا يقتل الذمي بالذمي ايضا مع ان خلافه مجمع عليه والعجب ان كون مقصود المصنف من قوله

ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ولا يقتل المستأمن بالمستأمن قيد الذمي والمستأمن ولا يقتل الحر بالعبد ويقتل الرجل بالمرأة وكذا الكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن بالزمن وقصص الأطراف بالنفس مضمونة وكذا الأطراف بعضها بعض ولان في العبد والمكاتب قيمة وفي الحر دية وقال الشافعي لا يقتل الرجل بالمرأة لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو نص على الأولاد وفي قوله إذا وجد قتيلا أو أمة فيه أو أمة فيه من قتل له قتيل فله أن يستحيي إذا رآه وهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف العدو مقاتلا أو رأى وهو يقصد نفسه يستحب له قتله وكذا

ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التجوز
عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فلا قصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد
لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه بسبب الاستيفاء وانه الولاء ان مات حرا وللملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره لست ابني هذه الجارية
بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم
والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح
ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لان المولى ان مات عبدا
والوارث ان مات حرا فاظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيها

اقول من العجائب ههنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطبقها وذكر فيها الاجداد
من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب اصلا فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله بما ذكر في
كفاية البيهقي قال ولا يقتل اصول المقتول به وان علوا خلافا لمالك رح فيما اذا ذبحه ذبحا انتهى وانت ترى ان الجدة من قبل الاب
مذكورة في الهداية ههنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في امرها **قوله** ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح
قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به
ما كان سلاحا انتهى اقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف
وهل يتصور ان يدل كلام واحد على نفي شيء واثباته معا والحق ان يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق
الكناية كما اشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا
بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رض وقال اصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح
وانما كني بالسيف عن السلاح انتهى وقال في النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا ان يكون
معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب
بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء انتهى
وذكر هذا السوال في العناية ايضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية اقول في ذلك الوجه
من الجواب نظر لانه انما يتم ان لو كان مدار السوال على احتمال ان يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا واما اذا كان مداره
على احتمال ان يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السوال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان
قلت المصير الى التقدير ليس باسهل من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على
الاحتمال الآخر قلت لا محيص عن تقدير شيء على المعنى الذي حملوه عليه ايضا فان معنى الحديث على ذاك لا قود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به
فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك لمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب **قوله** ولو ترك وفاء وله وارث غير
المولى فلا قصاص اقول اطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار
وكان الاولى ان يعكس الامر فانا اذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر ان يجب القصاص للمولى عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء
حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء واما
اذا كانت الورثة ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى بعده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة احرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب والتقييد
بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره

وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يحضر الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو توليه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه **قال** فاذا قتل المعتق او ان يعفو

صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة احرارا ولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق احد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق ايضا وارثا قلت المراد بالوارث ههنا من كان من شانه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيحتمل التقييد بالحرية والا يلزم ان لا يتم تقييد الورثة بالاحرار في الصورة الآتية ايضا مع انها قيدت بها في الكتاب بل في اصل الجامع الصغير للامام الرباني **قوله** وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا قال صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له او له ورثة ارقاء لعدم القاعدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا يرى ان اكثر المسائل المذكورة في ابواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لان يستغني بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور بالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة احرار فلان يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث اصلا او كان له ورثة ارقاء اولى كما لا يخفى **قوله** بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز قال في غاية البيان قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر في المنتقى عن ابي حنيفة ان لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة وكانها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وبعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين انتهى اقول فيه نظر لانه قدم من قبل ان اصل ابي حنيفة وابي يوسف هو ان اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى الاختلاف الحكم لا يبالي به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند ابي حنيفة في مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بان المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا افضا الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فمن اين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في خير قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الى آخره فحينئذ يصح تتميم ما اجمله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فتبالى باختلافهما للافضا الى المنازعة تامل تقف

قوله واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل يعني اذا قتل قريب المعتوه فلاب المعتوه ان يقتل اي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل

لانه من الولاية على النفس شرعا لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان
فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا ما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لا يليه لانه ولاية على نفسه وهذا من قبيله
ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل في كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف
في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان القصد من الصلح المال وانه تجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص
لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف
كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال
ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه

قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول دون ابيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابيه
وغيره كاخيه واخته لام من غير ابيه وكامه المطلقة من ابيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحتمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى
تخصيص المسئلة مع عموم جزائها وصاحب النهاية اصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن افسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه
وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص انتهى واقتفى اثره جماعة من الشراح
والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلماتهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص قوله لانه من الولاية على النفس شرح
لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك
استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا بشيء لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن كذلك يملك الانكاح
اذا لم يكن ثمة ولي اقرب منه فاذا كان ثمة اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول عن فرائض
الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية اقول ما نسبه الى بعض الشارحين
قول كل الشارحين سواء ورده عليهم مردود فانه ناش من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل احد ممن كان
القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان للاب المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه
والصبي ومراد الشراح التنبيه على ان ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه
والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة
بعد ضرر الولد ضررا نفسه فيحصل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا
لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن ان اراد به ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذي
يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص
نيابة بدون ان يستحق القصاص بنفسه اصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال فيه واذا وجب
القصاص لصغير او معتوه في النفس او فيما دون النفس وله اب لاحق للاب في هذا القصاص فان الاب لا يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا
للشافعي انتهى وان اراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير ايضا وان لم يستحقه بنفسه اصالة فهو ممنوع جدا ولم ار في شيء من كتب الفقه ان
احدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره ههنا يقتضي خلاف ذلك قطعا قوله ولا ان يصالح لانه انظر في حق
المعتوه قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الخطا وان قل ويجب كمال الدية انتهى وكذا
ذكر الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الخطا
وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح ابي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله

قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم

ان يصالح من غير تحديد بقدر الدية فينبغي ان يجوز الصلح على اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح اولى وانفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان او كثيرا كان ذلك دون دية النفس او ارش الجراحة او اكثر الى هنا لفظه اقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشائخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز ان يكون الامر هنا كذلك والظاهر ان الشراح اخذوا التقييد هنا من كلام مشائخنا المتقدمين من اصحاب التخريج ولا يبعد ان يصل بعض من نفس الشراح ايضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد في هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد ان يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة واما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان المصالح صاحب القصاص نفسه وصالح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا اخذ عوض عنه اصلا فترك بمقابلة مال وان قل اولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب القصاص وهو ابوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا ايضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم اقول بقي شيء في اصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه انظر في حق المعتوه وهو ان الصلح على مال اذا كان انظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بان كون الاية نظرية لا تستدعي وجوب العمل بما هو الانظر لان فيه خلافه ايضا حصول اصل النظر بها انما يقتضي اولوية العمل بذلك ولم ينف احد اولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة انظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه ايضا ممنوعة فيجوز ان يكون المصالحة انظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص انظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر او دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما اشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حيوة فحينئذ لا يلزم اولوية العمل بالمصالحة راسا فضلا عن وجوبه **قوله** ومن قتل وله اولياء صغار وكبار قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والاخر كبير اقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والاخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير ان يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة

[illegible] لا يتجزى لثبوته بسبب يتجزى وهو القرابة وحق العفو من الصغير منقطع فيثبت كل واحد منهما كملا [illegible]
[illegible] مسئلة المولين مذكورة قال من جرح رجلا عمدا فلو نزل صاحب فراش حتى مات
[illegible] فكل سبب [illegible] الجرح فعند هما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة واعتبار منه الزيادة وهو الجرح وهو الصحيح
[illegible] الدية لو بقتل نفس المعصوم وامتناع القصاص حتى لا يجب الدم فهو بمنزلة العصا الكبيرة
فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما نبين وقيل بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات
دليل العمدية يحقق الموجب لقتاله وبيانا الا ان قتيل خطاء العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب لعله
اعتراه الندم في خلال الضربات فيعرى دليل الفعل عنه عساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن عرق صبيا او الغائب الحر لا قصاص
عنده خلافا لزفر وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي وغيره عن عنده مما يستوفى مراد عنده ويعرف كالبناء من قبل الهدم قوله عليه السلام من عرق عرقناه ولان الآلة قاتلة فاستوى
ابادة العمد فيه والاعراء في العصمة ولهذا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه في كل خطاء ارش لان الآلة غير معدة للقتل والاستعمال فيه لا يستلزم
فثبت شبهة عدم العمدية ولان القصاص يبنى على المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للمقص والقاتل بين الجرح والذي لقصوره الخاص عن ضرب الظاهر كذا لا يتحقق
في حكمه الزجر لان القتل بالسلاح غالب بالمثقل نادر وما رواه غريب وقد اعراه هو محمول على السياسة وقد ارمت الضافة الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية
وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلو نزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه

على وجه يتضمن الاشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في جميع
الجانبين ايضا **قوله** كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين قال صاحب النهاية في شرح قوله او كان بين المولين اي
واحدهما غائب واتفق اثره صاحب معراج الدراية كما هو واية في اكثر المحال اقول ليس هذا الشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المص هذا المعنى لكان
ذكر قوله او كان بين المولين مستدركا محضا اذ يتناوله حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب فيستغنى عن قوله او كان بين المولين
وايضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله واحدهما غائب على قوله بل كان عليه ان يؤخر قوله واحدهما غائب عن ذلك ليتعلق
بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله او كان بين المولين ان يقال اي واحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ
شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المذكورين اشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للاخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فانه
قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء
القصاص قبل ان يدرك الصغير بالاتفاق انتهى تبصر **قوله** لانه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة اقول في تمام الاستدلال لعدم
تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص من نفسه خفاء فان القتل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف
والظاهر ان القرابة التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب ايضا لاستحقاقه الدية في القتل
الخطاء مع انه لا شك ان الدية تتجزى لانها مال والمال متجزئ بلا ريب فالاظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية تبعا
تقرير دليل الامامين وهو ان القتل غير متجزئ لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل التجزي ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا ان سبب القصاص
هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة انتهى اقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة ايضا كما صرحوا
مع ان السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا ان الظاهر ان قولهم هنا وهو القرابة اما بناء على
التغليب لكون اولياء القتيل في الاكثر قرابته واما بناء على انهم ارادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل
قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح قال الشراح وجه ابي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار
والمعيب من حيث العفو في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عنا والحاضر لا يشعر فلو
استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز واما العفو في الصغير فما يوجب حال استيفاء القصاص لانه ليس من اهل العفو وانما يتوهم العفو عنه بعد
بلوغه والشبهة في المال لا يعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط
شيخ الاسلام والجامع الصغير للامام المحبوبي اقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور اصلا يكون قريبه مقتولا بان كان في مسيرة
سنة مثلا من موضع القتل فانى يتوهم منه العفو في الحال اذ العفو عن الشيء فرع الشعور به بحيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل
هذه الصورة ايضا فكيف يتم فيها ما ذكروه من التفرقة ثم اقول يمكن ان يدافع ذلك بانه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في

قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ هو عين الواجب بالقتل
ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان رضي الله عنه فقتلوه فقضى رسول الله عليه السلام بالدية قال وانما تجب الدية اذا كان المختلطين فيكون في
صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه او شج رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية
لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله متصل بهلاكه في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يكفر عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف رحمه الله
ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد ثم لم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر فعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت كالمشجة
اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون الثالث بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله اعلم **فصل** قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر
على المسلمين سيفا فقد اطل دمه والدباغ فتسقط عصمته بمغيبه دلالة تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة
الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا
وهذه الآن السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كان يلبث لكن في الليل الحقت الغوث يضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر لطرو الحقت الغوث فاذا قتله كان دمه
هدرا فان كان عصا لا تلبث بحيث لا يكون مثل السلاح عنده فالمشهور عليه عمدا فعليه الدية وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف
الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان في الدابة والخشب والصبي والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتله دفعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ العاقل وله انه قتل دفعا عن نفسه بالمعصوم لا على قتل فعله شبه المكره ولابي
يوسف رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان لكن عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان
فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما وانلفه الا معصوما حقا للمالك ولا فعل للدابة اصلا مسقطا ولذا لو قتل الشاهد لا يضمن لانه لا شيء على الدابة وهذا الخلاف
القصاص يتحقق القتل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود الشبهة دفعا للشر فيجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه او قتله الآخر فعلى القاتل
القصاص بمعناه اذا ضربه فانصرف ولا ضرورة من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل على غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام
قاتل دون مالك ولانه سبب له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله اعلم

تلك الحالة او قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته وسريا منه فينبغي في هذه الكناية عفوه عن قتل قريبه ايضا ولا يلزم الشعور بخصوصه
فهذا الاحتمال في صورة ان كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجماع ولعل هذا
المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد اهمله الجمهور **قوله** ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة اقول كان حق التحرير
هنا ان يقول وفيه خلاف ابي يوسف ومحمد لان الحكم المذكور فيما سبق في اصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعمود لا وجوب القود عند ذلك
وخلاف ابي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين مذهب ابي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف
ومحمد وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له احد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه وكأنهم لم يتنبهوا له **قوله** لهم
قوله عليه السلام من غرق غرقناه قال صاحب النهاية وقوله لهم اي الشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول
انتهى وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما
بالمعقول انتهى اقول لا مساعدة في عبارة الشروح لهذا المعنى لان المصنف اعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قاتلة وذلك
يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتلة الى آخره معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في خبر قوله لهم الا الحديث فالاجمال
للتوزيع لانه انما يتصوران لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي ان يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا الحديث لا يكون
الا بمشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية او الشافعي الاستدلال بالحديث
في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعلما في الاستيفاء وبهذا الحديث لقوله عليه السلام
لا قود الا بالسيف انتهى اقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه
فالعمل باحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب ان يترك لقوله عليه السلام لا قود
الا بالسيف ان لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه او ثبت كونه اقوى منه وشيء منهما لم يثبت
لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان
لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح ان يتمسك به مع ان ايمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم اقول
الاولى عندي في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كلهم الا ان الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التفريق على حقيقته
وابا الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التفريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه اهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة
قوله من غرق وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول انه اذا تعارض
ظاهرا النصين يطلب المخلص مهما امكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما يتيسر بحمل التفريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية
تدبر **قوله** ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش اقول في دلالة هذا الحديث على مدعى

باب القصاص فيما دون النفس

قال ومن قطع يد رجل عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من يده لقوله تعالى والجروح قصاص وهو يتناول الكبر بحالة اذ عند القصاص او الاملاء وقد امكن مع التقدم من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل لان الانف لا اذن لا يمكن مساواة ما تماثلا قال ومن قطع يد رجل فقطعت لا قصاص عليه لعدم التماثل في القطع ان كانت ممتهنة فهو ما فعله للضحك لا يمكن المماثلة عادة قال في الكتاب يخشى له المرأة وجهل يطرب تقرأ عليه بالمرأة فيذهب ضوءها وهو نوع من الجناية من الصحابة رضي الله عنهم قال في السن قصاص لقوله تعالى والسن بالسن وفي سن من لم يثغر منه اكبر من الاخرى لان منفعة السن تتفاوت بالصغر والكبر قال في كل شيء تحقق فيها المماثلة قصاص الا في العظم لقوله عليه السلام لا قصاص في عظم الا في السن وعن علي رضي الله عنه ومن سره ان ينظر الى رجل ليس في فمه شيء من عظم فليرمق فاه قال ولا قصاص في العظم والمراد غير السن لان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لا يدري المرء ولو قلع من اصله يقلع الثاني مثله لان قال ليس فيما دون النفس شبه عمد لانعدامه عمدا وخطأ لان شبه العمد يقوم الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف الا انه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك لان في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يتلف بها مال الاموال فيتعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لا ضابط له فاعتبر باصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش

ابي حنيفة رح في مسئلة التفريق خفا كما ترى ولم يتعرض احد من الشراح لبيان وجه دلالته على ذلك والانصاف انه لا يدل عليه دلالة اقناعية وان امكن التوجيه ببعض من التمحلات ولعل هذا هو السر في ان صاحب الكافي ترك التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل

باب القصاص فيما دون النفس لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل **قوله** لقوله تعالى والجروح قصاص اي ذات قصاص كذا في التفاسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكنز اي ذو قصاص اقول لا وجه لتذكير ذو وههنا الا بتمحل ركيك لا ينبغي ان يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم **قوله** ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من اصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما يفسد بالمماثلة ولكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن وعزاه الشراح الى المبسوط اقول اسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فان احدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد وكانهم لم يروا اصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس مثابة ان لا يطلع عليه احد من الشراح كيف وقد اخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال ولا قود في عظم الا السن فيقلع ان قلعت وتبرد ان كسرت وكان ماخذ متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو انه اذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصا ام تبرد بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما افصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكافر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري انه لا يقلع من القاطع ولكن يبرد سن القاطع بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الائمة السرخسي وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه يقلع من القالع واليه اشار محمد رح في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والقلع واحد وفي الزيادات نص على القلع الى هنا لفظ المحيط **قوله** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطأ فيحمل الاول على ان المراد به ان امكن القصاص انتهى اقول يرد عليه ان مراد المص لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بان قال يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ فان مقتضى ذلك الشرح ان لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى ثم اقول التحقيق ان ما ذكره المصنف ههنا عبارة القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير لمعنى الاخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه ان ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح عند ابي حنيفة وبما لا يقتل به غالبا عند ابي يوسف ومحمد والشافعي فهو عمد فيما سوى النفس سواء امكن القصاص ام لا به او لم يمكن لمانع يمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع تقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمدا وكما اذا ورث الابن قصاصا على ابيه فلان يقع في العمد في الاطراف اولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد او خطأ ان الذي كان فيما دون النفس عمدا او خطأ لا ان شبه العمد عمدا او خطأ فان ضمير هو في قوله انما عمد او خطأ راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد اذ لا مجال لان يكون شبه العمد خطأ لا في النفس ولا في الاطراف لان تعمد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطأ فاذا كان معنى الكلامين في المقامين مختلفين

قال: ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم والاضابط فيه
وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمتنوع بالخيار ان شاء قطع
اليد المصيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كما لا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كما اذا انتهب
عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤنة قبل اختيار المجني عليه او
قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا
قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بان المراد به ان امكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر قوله ولنا ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع
النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستامن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين
انه قال قطع عبد لقوم فقيرا اذن عبد لقوم اغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه
قد تقرر في علم الاصول ان النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا في الباقي فيجوز تخصيصه
بخبر الواحد اما اذا خرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حالة الاولى ولا شك ان
مخرج الحربي والمستامن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مر منا غير مرة
نظير هذا النظر في محاله واما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما
بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فيبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب
ان يقال ان الآية المذكورة آية القصاص القصاص ينبئ عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف
في تفسير هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة واشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال
وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا واشار اليه ههنا ايضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم يكن الآية
المذكورة مجراة على ظاهر اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعها
بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القطع وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشي من توهم الاطلاق ثم انه تبقى في هذا المقام
اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو ان يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة والاطراف وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه ان يمنع استيفاء
الاكمل بالانقص دون العكس الا يرى ان الشلل يقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل ايضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق
قددا قال صاحب العناية فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر
التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك
الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة يقتضي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف
ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره من ان التفاوت المالي
يجب ان يعتبر مانعا مطلقا واما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الاكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الانقص
بحكم يجب لان العلة التي اقامها على ان الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي انه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها
في الاول ايضا اذ لا شك انه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي ايضا بلا تفاوت بينهما فينبغي ان لا يعتبر التفاوت
المالي ايضا مانعا من جهة الانقص واما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل
قطعا فان الشرع جعل ارش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل ارش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات واشار اليه صاحب العناية

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج والمشجوج فالخيار الشاج ان شاء اقتص مقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء
يأخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل والالحقه من الشين باستيفائه قدر حقه على الشجوج فينقص
فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كله للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو
بالخيار لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة
الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط ولهما
حديث عمرو بن شعيب في المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها **فصل** قال واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول
على اسقاط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا فهو جائز لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما نزلت الآية في الصلح ولقوله عليه السلام من قتل قتيلا فهو بخير النظرين والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه

هنا ايضا حيث قال في اثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع
الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس
فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له
الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل مترتبا لبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون
بالرضى باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء ههنا بطريق اسقاط البعض و
لا بطريق البذل انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول وفيه ايضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت
الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم ايضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي
الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل ليصير مسقط البعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت امرا حسيا او امرا
حكميا واما صاحب الانقص فان رضي بان يستوفي منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص ليصير باذلا للزيادة حقه بالضرورة ايضا بلا تفاوت
بين كون سبب التفاوت حسيا او حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف واما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال
للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور
قلت لا نسلم ان اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان
فلا جرم يكون الرضى بالناقص فيها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايفاء للكامل منها بدل الناقص بذل للزيادة كيف ولو سلم
ذلك لزم ان لا يتم اصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية
في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل لتعمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من
طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا
فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى وتقرب من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين اقول وفيه
ايضا بحث لانه ان اريد ان شرع القصاص لتعمد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب امر عارضي يلزم ان يجوز استيفاء الكامل
وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب اصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب امر عارض وهو الشلل مع انه لا يجوز
استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان اريد ان شرع القصاص لتعمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضي
صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع ابا عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم
ان يجوز استيفاء طرف المرأة لطرف الرجل ايضا اذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في باب تكسر الصورة ايضا مع
انه لا يجوز عندنا اصلا فتأمل حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تكسب فيه الغبرات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها اتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان
الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمل هذا الفصل

ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا التعويض لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمه على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفى احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت

من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى واما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتاخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فاسعى قوله في تالي الشرطية المذكورة اتبعه ذلك في فصل على حده قوله ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا اقول القائل ان يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا ايضا فيه الا يرى ان للشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد ان ثبت له حق الشفعة ولا يصح ان يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتامل في الدفع قوله واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية اقول في عبارة الكتاب هنا فتور الاول ان كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها في الكتاب بمن حيث قال من الدم والثاني ان يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال او صالح من نصيبه على عوض والثالث ان عبارة النصيب في قوله او صالح من نصيبه توهم تجري القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر ان القصاص غير متجزئ فيثبت كملا لكل واحد من اولياء القتيل فالاظهر في وضع هذه المسئلة ان يقال واذا عفا احد الشركاء عن الدم او صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما اصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال وكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث واما حق التعبير في شان القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح ما يدل على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة واما في حق القصاص ففيه خلاف ابن ابي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار ان الشافعي يقول لا حظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه انه لا حق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز ان يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله واصل هذا ان القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد اليه فيصل قوله وكذا الدية بذكر لفظ كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف ايضا فقال واصل هذا ان القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لان وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب الكافي هنا حيث قال والاصل ان القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئا انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مواخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لهما عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى اقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل اراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من اساطين الائمة ولا نسلم ان المشهور من مذهب مالك والشافعي ان ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ما ذكر

ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما حتى لا ترث ويثبت بعده اذ هي مستندة الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للميت فمن امكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفى احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة اختلاف المقتول والمقتول وهذا واحد لا تحاد ما واذا سقط القصاص يتقلب مالا في الاصح لانه امتنع بمعنى الجزء القائل وليس للباقين شيء من المال الا اذا سقط حقه بغير عوض بالصلح من المال فثلث سنين قال الفقيه يجب في سنتين فيما اذا كان من الشريكين وعفى احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ وله ابنان بعض يده ثم كله موجب الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل المال الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم

في ذكر في تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما بينا عليه انفا قوله ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم اقول فيه شيء وهو ان هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الارث ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الاخر استطرادا كما ترى قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة اقول فيه ايضا شيء وهو ان هذا التعليل وان كان يتمشى في القصاص ايضا الا انه لا يتمشى فيه الى اصل حقيقة وانما يتمشى فيه على اصل ابي يوسف ومحمد فانه يجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية واما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح ان يقال من قتله انه حق يجري فيه الارث مع ان المدعى ههنا وهو قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه ائمتنا فالحقه فكيف يتم التعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف في تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين ائمتنا الثلثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه للوراثة عند ابي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدر كما ستطلع على تفصيله في بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على اصله فليتامل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى اقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة في الطنبور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اثباته في تضاعيف شرحه بما تقرر ان لا يتم هذا التعليل على اصل ابي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت ان القصاص ليس بموروث من المقتول عند ابي حنيفة بخلاف سائر الاموال مما يصرح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل الرشاد قوله واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من الغبن بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وايد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رض بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رض ان كان متفردا في قضائه وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان المعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليهم احد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر في علم اصول الفقه

ولان القتل بطريق التغالب غالب القصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شيء
لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قيل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال فان اجتمعوا لم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الدية
بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل من خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف
بالشرع في ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال اخذا بالتماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص لانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى

ان الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشيء منهما فالحق في اسلوب تحرير هذا المقام ان لا يتعرض لحديث كون الاية
المذكورة موبدة لما هو مقتضى القياس في هذه المسئلة او ان يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الاية وبين جواب الاستحسان هنا وسيجيء هنا الكلام
في التوفيق بينهما بعيد هذا القول قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال صاحب العناية
لقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يرد على القياس المقتضي لعدم المؤاخذة
لقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويرد على ذلك
بقوة اثر الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد انتهى كلامه اقول
فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزي عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد
بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وايضا ينافي هذا ما سيأتي
في تعليل المسئلة الاتية من ان الاصل عندنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد
رؤوسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا ان يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ
لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه بمجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن ان يقتص النفس بغير النفس
كما في قوله والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما واما انه هل تحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل والمقتول
فانما يستفاد ذلك من دليل اخر الا يرى ان العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع ان قوله تعالى والعين بالعين لا يدل
عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل اخر فكذا ههنا تبصر قوله ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في التماثل اصله الفصل
الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص اقول فيه اشكال اما اولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال امر متعذر لاستلزامه توارد العلل
المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه واما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بان جواب
المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع
الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول ايضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ ان يكون جواب المسئلة هناك
جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف
الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على
معلول واحد بالشخص ممتنع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شيء ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا
بان شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المتعدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم النجس لحق المتعدى عليه على تقدير النقصان ولا شك
ان الظلم والنجس انما يتحققان بتحقق المماثلة الحقيقية واما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الامر
عن الظلم او النجس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في احكام الشرع قوله لانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد
منهم اذ هو لا يتجزى اقول للقائل ان يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهما قاتل بوصف الكمال فلا وجه

وان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال ومن وجد القصاص اذا مات سقط ثم الفوت في الاستيفاء فاشبه فوات العبد الجاني بتلف فيه خلاف الشافعي اذا لو احب واحد منهما عنه وقال وهذا نصف رجلان بيد رجل واحد فلا قصاص عند احدهما وعند ابي حنيفة نصف الدية وقال الشافعي لا يقطع يدا بيد والمفرض اذا اخذ سيفا ليقطع به الزنار لا يشتغل له الزنار لا يشتغل له الزنار بعد ما اخذ حقه الا ترى انه لو جرح بنفسه مع الجرح ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعمل اليد لان الانقطاع حصل باعتبارهما والحكم فيه يضاف الى كل واحد منهما البعض فلا يمكن الاستيفاء لان الازهاق لا يتجزى لان القتل بطريق الاجماع ولا يجتمع على قطع اليد من المقطع فوجب الدية ولا انتقاء الى مقدار بطيئة فيلحقه الفوت قال غير انه نصف الدية لانه ديه اليد الواحدة وما قطعه واحد وان قطعه واحد رجلين يحضر فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية نفسه لانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع الاول وفي القران يقرع لان اليد احتمها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كما لو رهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تتجزى فتجب القرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص يثبت بالقتل بدليل انه لا يثبت مع التأخر فلا يظهر الاولى في الاستيفاء والحل فيه ثبت التأخر بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب فيستحق قيمته وان حضر واحد منهما فقطع يده فلآخر عليه نصف الدية لان الحاضر يستوفي بنوبة حقه وترد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانا وفي به حقا مستحقا وفي اذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال قصدا كما اذا اقر بالمال او اقر بالجناية على مكاتبه فيقبل والان الجناية مبقى على اصل الحرية في حق الدم غير ان الاصح اقرار المولى عليه بالرد والقصاص يبطل حق المولى بطريق الاصل فلا يبالي به وهو في حق الافتداء السم منه الى اخره فانا نعيد القصاص للاول والدية للثاني على ما قلنا لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كاذ رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

بجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الى اخره ثم ان صاحب النهاية قال في شرح هذا الدليل يعني ان القتل جرح صالح للازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا لصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا لو قال حلف جماعة كل واحد منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى اقول فيه نظر لانه لا يلزم من ان لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على ان القتل لا يتجزى ان لا يضاف الى كل واحد منهم كملا بل يجوز ان يضاف كملا الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم تواردا العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كملا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز ان يكون مناط حنث كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف واما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم اقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يتمشيان فيما اذا حضر اولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة واما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فتسقط حق الباقين كما ذكر ايضا في الكتاب فلا يتمشيه لشيء منهما اذ لا يتصور ان يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل اصلا انه قاتل فضلا عن ان يقال انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور ان يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي ان يجب الباقين المال في هذه الصورة فليتامل قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به اقول فيه كلام وهو ان تحقيق الاحياء حكمة القصاص ومجرد حصول حكمة لا يتم امره بل لا بد من حصول شرائطه ايضا ومن جملتها المماثلة الا يرى انه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستأمن وكذا لا يقتل احد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه الى غير ذلك مع ان حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه او تحقيق بعض موانعه وعند الشافعي رح ان قال فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف يتم ان يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية قوله لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ قال صاحب النهاية هو خطأ في القصد اقول هذا خبط ظاهر اذ قد مر في الكتاب ان الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا بطنه صيدا فاذا هو ادمي او بطنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في القتل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فاصاب ادميا

قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر قال صاحب النهاية قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى اخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه انما الكلام في ان تعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى اقول نظره ساقط اذا الظاهر ان ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات اقسام قيود مختلفة واوصاف متفاوتة اليها باسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامي المختلفة الا يرى ان الرامي من حيث انه اصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا وكذا من حيث انه اصاب حيوانا ومزق جلده او قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا او قتلا واذا تقرر ان اختلاف تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامي ايضا فكان مناسبا لما نحن فيه منضما اليه ثم ان قوله وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين

فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت يده ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بسرايات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بضم الجرح الى الاول لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في سرايتي الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الاخيرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع والكفاية بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهل لعبد ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقال له لا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ولان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين حينئذ لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر اذ ولان الجزء يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحازفصا ولا يتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد بخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالجزء القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من التعزير ومات من عشرة فقيه دية واحدة لان ما برأ منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة مثله ولو بقي لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل وعن محمد رحمه الله يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي له اثر يجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع يد رجل وعفا المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان

متضادين ان اراد به ان الكلام فيه بل لا نسلم امكان ذلك ان اراد به ان الكلام في ان تعدد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد بحصول قطعا بتعدد الاسامي تعددا ناشيا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية و لقائل ان يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب ان الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء ظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لها كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة انتهى اقول في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله او لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه يشعر بان يكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح **قوله** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده الى اخره اقول لقائل ان يقول اذا اختلف حكم الفعلين بان يكون احدهما عمدا والاخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء او لم يتخلل كما سيكشف في الاصل الاتي ذكره فيكون قوله قبل ان تبرأ يده في وضع هذه المسئلة مستدركا لاتمام جوابها وهو ان يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره ان لا يكون الجواب كذلك فيما بعد ان تبرأ يده بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم اقول يمكن ان يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الاولى التنبيه من اول الامر على ان تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا اعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا تخلل البرء فيما اذا تخلل ذلك اولى وبهذا يندفع ان لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص الشيء بالذكر انما يدل في الروايات على نفي الحكم عما عداه ان لو لم يكن ما عداه اولى بثبوت الحكم المذكور له واما اذا كان كذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالاولوية بطريق الاولى النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد في الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء في البين **قوله** فصار تخلل البرء قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ اقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعلله بتعليلين بازاء تعليلي ابي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل الى اخره واقع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار تخلل البرء بما اذا كان خطأين تامل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي ان لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على وفق رايه

اذا لم يتخلل

الدرر

ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن توجيه قصاصه اذ العفو عن الجناية انما يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا ولان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل بالسراية بين ان الواقع قبل حقه وتمكن موجب عمده وكان ينبغى ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان فى الاستحسان اسقاط الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهى دارئة للقود ولا نسلم ان السارى نوع من القطع وان السراية صفة له بل السارى قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح فى العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذن بذلك اطلاقا لا اذا ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال

انتهى اقول فى الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند ابى حنيفة يأبى هذا الجواب جدا فان قضاء القاضى فى المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول ابى حنيفة فقط بل جماهير العلماء ايضا يقولون به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير ان يكون الخيار للامام عند ابى حنيفة اذا كان اخيار الاولى عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسى ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب الغاية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه بين لهم ان لهم الخيار فلا تمشية راسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد ان يقال فما معنى قول ابى حنيفة فى هذه المسئلة بان الاولى الخيار مع الجزم فى المسائل السابقة بان يوقع بالامرين جميعا وغاية تقدير الجمع متحققة فى الكل عنده بلا تفاوت كما تبين فى الكتاب **قوله** ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر وكان العفو عنه عفوا عن توجيه اقول اسلوب التحرير يقتضى ان يكون ما سبق دليلا تاما لها وهذا ايضا دليلا آخر مستقلا لها لكن لا يخفى على الفطن ان ما سبق لا يتم دليلا لما بين الضمان هذا الا انه اذا لم يتقرر ان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر لا يتقرر كون القتل احد موجبى القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع السارى ايضا لا يتصور كون القتل احد موجبى القطع اذ لا يحتمل ان يكون القطع المقتصر موجبا للقتل ايضا تدبر **قوله** وكان ينبغى ان يجب القصاص وهو القياس قلت وكان ينبغى ان يقول وكان الظاهر ان يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغى ان يجب القصاص لان الذى ينبغى هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا ان موجب القياس هو الظاهر فى بادى الرأى **قوله** ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا قال جمهور الشراح فى بيان هذه الوجوه وهى الوجوه الاربعة التى هى العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى اقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المصنف ههنا ان محمدا اجرى القطع خطأ مجرى العمد فى هذه الوجوه المذكورة فى المسئلة المارة التى هى من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا فى كلام محمد فى الجامع الصغير قط وانما ذكره فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك لا اختلاف فى الضرب والشجة والجراحة فى اليد وما اشبه ذلك وكذا ذكره المص فى الهداية دون البداية وحيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس وما ذكره المصنف ههنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد فى المسئلة المارة التى هى مسئلة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة فى مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه بقوله فقد اجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة ايضا فالوجه ان مراد المصنف بهذه الوجوه نفى الوجوه الثلثة وهى العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلثة هى المذكورة فى مسئلة الجامع الصغير واما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين ان حكمه كحكم ما ذكر فى مسئلة الجامع الصغير اذا ما ذكره فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير **قوله** اذن بذلك اطلاقا اى علم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ وكان متناولا لهما كذا فى خاتمة الشروح قال صاحب الغاية بعد ان شرح المقام كذلك هذا تقريرا اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد فى اصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم فى شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق انتهى واما ما عدا صاحب الغاية من الشراح قالوا ههنا واجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم ان لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد دليل جواب العمد وهو قوله فعلى القاطع الدية من ماله فانه تبين ان مراده العمد لان الدية فى الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعى القطع فتقديره فعلى القاطع الدية فى ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم اقول لا يذهب عليك ان جوابهم هذا لا يسمن ولا يغنى من جوع اذ لا شك ان مقصود المصنف ههنا بيان احد

البداية دون الهداية

العين

لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعادة ارضا ما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق به فيعتبر من الثلث
قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند
ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فرق القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على
القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لاسيما على اعتقاد السقوط فيجب مهر المثل وعليها الاقل من ذلك ومن الارش ان كان ضمن العفو على ما نبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة

محمد رح القطع خطأ مجرى العمد في احكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب ان حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا
بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسئلة اشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو اذن ذلك اشتركا في الحكم المستفاد من الجواب وقوله في ما لها لم
عن ذلك لا محالة فلا يؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المص اذن بذلك اطلاقه قال قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس
بمال قال في العناية فيه بحث وهو ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه ان المصنف نفى تعلق حق الورثة
به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت
فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا لقوله عليه السلام لا تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم
اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لم يتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث
انتهى اقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك اما الاول فلانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص
يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند ابي حنيفة واما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة منه
كالدين والدية فقوله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق ويثبت بطلانه هناك
ايضا فتذكر واما الثاني فلانه لم يقع لتعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند امامنا الاعظم بل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا
بالاتفاق الا يرى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث قوله اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق به فيعتبر من الثلث
قال جمهور الشراح فان قتل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث هنا حتى صح في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل
قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان معتبرا عما ابتداء وذلك جائز للقاتل الا يرى
انه لو وهب له وسلم جاز انتهى كلامهم واورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية
على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى اقول ان اراد ان الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا يرى ان الهبة عقد منجز والوصية عقد
معلق بالموت كما صرحوا به وان اراد انها في حكم الوصية في بعض الوجوه لكونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه ان لا يصح
هبة المجروح للقاتل لعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم قوله ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص
في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري في الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلي في العمد القصاص فصح
الاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام التفاوت المانع وهو بين طرفي الرجل والمرأة انتهى اقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله والجروح قصاص لمثل
ما نحن فيه ممنوع فان القصاص مبني على المماثلة وما لا يكون فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة
وقد حقق المصنف هذا المعنى في اول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع
يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر انه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم
ان ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير ارش اليد وهو خمسة دراهم مهرا لها
بالاجماع صرح به الشراح قاطبة في اول هذه المسئلة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضي خان والامام المحبوبي وقالوا اشار اليه المصنف بقوله ثم مات

واذا سرى تبين انه قتل النفس وله العفو فتجب الدية وتجب في الرجل الارش عند القياس ان يجب القصاص حتى لو ابيناه واذا وجب قاصر المثل يعتبر الدية اقرم المناصفة
ان كان في الرجل وان كان في المرأة نصف ترده على الورثة وان كان في المحرر ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون ضمانه ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه كان ارش اليد دون المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ابي اليد ولا شيء بها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر بها قال ولو تزوجها على الدية ولم يحدث منها او على الجناية ثم مات من
ذلك القطع عند فلانا لم يذكر تزوجها على القصاص هو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بينا وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما بطل القصاص لم تقدر على استرداد
بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير الارش مهرا ولانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي
تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحرائر الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة
لانهم عاقلون عنها من الحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لانهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تنفذ وان لم تخرج يسقط ثلثه

ولو كان الموجب الاصلي هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمرأة ايضا لزم ان يكون التزوج في صورة الاقتصار ايضا تزوجا على القصاص فلزم
ان لا يتم ما صرح به من صحة التسمية ولزوم الارش مهرا لها بالاجماع في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الجواب في
الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش وارش اليد معلوم فهو خمسمائة دينار فالمانع عن ان يكون هو المهر قلنا ارش اليد ليس بمتعين لجواز ان يكون
خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى اقول في جواب هذا السؤال ايضا نظر فانه ينتقض ايضا قطعا بالتزوج على يده في صورة الاقتصار
فان ارش اليد يصير مهرا لها هناك بالاجماع كما صرح به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعيين ارش اليد هناك ايضا ثم اقول لو قال المصنف في
تعليل صورة العمد ايضا من مسئلتنا هذه مثل ما قال في صورة الخطأ هنا من ان يكون هذا تزوجا على ارش اليد اذ القصاص لا يجري في الاطراف
بين الرجل والمرأة في العمد ايضا عندي واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن ان
يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج الى جوابهما المذكورين في الشروح المختلفين كما بيناه انفا قوله واذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو
فتجب الدية قال في النهاية فان قلت لم يجب القصاص هنا على المرأة مع ان القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر ان الواجب
هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب ان يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار
كانه تزوجها ولم يذكر شيئا وفيه القصاص فكذا هنا قلت نعم كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت
المرأة القصاص انما يستوفي عن نفسها لنفسها وذلك محال فان الانسان لا يتمكن من استيفاء القصاص عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح
ان يكون مطالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء وسقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم
يسم ابتداء انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص هنا على المرأة ظاهر من قول المصنف والقياس
ان يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من ان وجوب الدية هنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة
العفو اورثت شبهة وهي وارثة للقود فلم يبق محل السؤال عن لمية عدم وجوب القصاص هنا على المرأة واما الثاني فلان القصاص الذي جعل
مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما افصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص
في الطرف واذا سرى تبين انه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المرأة للعلة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي يضمنه التزوج فيبقى
السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد ان تبين ان قطعها صار قتل النفس واما ما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل احد ولاية
استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها قوله واذا كان خطأ يرفع
عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها قوله
ولهم ثلث ما ترك وصية اي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى اقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما بعد
حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال ان كانت تخرج من الثلث يسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم
ان لا يتناول الكلام المصنف هنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهما جميع
ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب العناية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية

وقال ابو يوسف ومحمد وكذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين **قال** ومن قطعت يده فاقتص له ثم مات فانه يقتل القاص هذا اذا مات من القطع وان مات من غير القطع فعليه الدية وان استوفى القود ولم يمت له القود فاستوفى حقه من غير قصاص عن رضا منه بدون القطع به **قال** من قتل له القطع فعفا فمات فعليه الدية وان عفا عن القطع ثم مات من القطع فلا شيء عليه وان عفا عن النفس ثم مات من القطع فعليه الدية وان عفا عن النفس ثم مات من غير القطع فلا شيء عليه لان مستحق الدم اجراء الجناية لا يضمن كذا اذا سرى وما اذا وما عفا به سرى او قطع فرجع عنه قبل البرء وبعده وصار كما اذا كان القصاص في الطرف فقطع اصابعه فرجع لا يضمن الاصابع وله ان يستوفي غير حقه في القتل اذا تعذر وان كان القصاص في النفس ان تعذر الاستيفاء لشبهة فان له ان يستوفي حقه في الحال لا يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه من القصاص في النفس وكذا يظهر لاعتبار الاستيفاء او العفو والاعتبار الى انه تصرف فيما قبل فيما بعد لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لان الاستيفاء وان كان تاما فيما يتبين كونه قطعا بسرايته حتى لو قطع ما عفا به الصحيح انه على هذا الخلاف اذا قطع فرجع قبل البرء فهو استيفاء ولو رجع بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح لا اصابعه وان كانت تابعة تبعا لكن تابعة لها عرضا بخلاف الطرف لان تابعة للنفس من كل وجه **قال** ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه فسرى الى النفس فلا ضمان في نفس عند الشيخين رحمهما الله وقالا لا يضمن ان استوفى حقه وهو القطع لان التقييد بوصف السلامة ثابت من باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاز والحجام والمأمور بقطع اليد وله ان قتل بغير حق لان في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح القصاص لانه يجري العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال

انتهى اقول مال بدا ايضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث اثر الميت لقوله من الدية تعين ان مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من انه يجوز ان يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم ان لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم اقول في كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو ان يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الاثنتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز ان يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه ايضا انه يجوز ان يكون ثلث جميع ماله اكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز ان يكون اكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ دفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث المال انتهى تامل **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين اي في التزوج على اليد لما يحدث منها او على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني اقول ليس ذاك بشيء اذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطأ فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا ما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح ان يكون الجواب عندهما في العمد والخطأ في الفصلين سواء ولقد صرح به هنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطأ كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه او على الجناية لما ذكر في المسألة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى **قوله** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه قال صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف ومحمد رح والشافعي لا شيء عليه ما يسمى انتهى اقول هذا الكلام منه ههنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مواخذة المصنف بانه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها ايضا مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها ايضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مواخذة المصنف انه لم يذكر تلك الصورة ههنا مع كون حقها ان تذكر ههنا فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس فلما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ايضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وآخر تلك الصورة عنها وان كان المقصود منه مجرد بيان حكم تلك الصورة ايضا دون مواخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجيء مفصلا وعدلا فيما نحن فيه بيان ذلك الشارح ههنا **قوله** ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر ان صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثمه الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى اقول جوابه انه قد تقرر عندهم ان الشبهة مسقطة دون شبهة الشبهة فيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه راسا لجواز ان يستوفي القتل ايضا بعد القطع يكون له القود ويستوفي من طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي الابراء عنه ايضا لجواز ان يفرغ منه ظنا ان حقه في القطع لا ابراء عما وراءه فتحققت

بخلاف ما تقدمه من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقليدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالزمني الى
الحرب وفي الجرحية الى الرماة ولا وجوب اذ هو صنعه وب الى العفو فيكون من باب الاطلاق وشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة رح تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك لصحة العفو من المورث للمجروح استحسانا للتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة رح وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين التمسكين وذلك ان القصاص والدية حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح في كثير من الشروح فابو حنيفة رح راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فتبجه عليهما المؤاخذة بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر قوله وان كذبهما فلا شيء لهما وللاجر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول اصح اقول مدار ما ذكرا في شرح المقام على انهما فهما على ان مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا

شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك مقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة ان يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة وارثة له فافترقا تامل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق قوله بخلاف ما استشهد من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقليدا كالامام او عقدا كما في غيره منها اقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقليدا ولا عقدا وهو المامور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي فقطع فسرى الى النفس فمات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف او عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في النزاع والحجام منها دون المامور بالقطع مع انه غير الامام وانه من تلك المسائل ايضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعا هنا لان قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسئلة اذ لا يجب على المامور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم ان يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها ايضا بان يقال لما فعل المامور بالقطع ان الامر انتقل حكم الفعل الى الامر فصار كما لو قطع يد نفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اورد هنا بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان اولى درجة من نفس ذلك الشيء قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة رح تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك لصحة العفو من المورث للمجروح استحسانا للتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة رح وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين التمسكين وذلك ان القصاص والدية حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح في كثير من الشروح فابو حنيفة رح راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فتبجه عليهما المؤاخذة بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر قوله وان كذبهما فلا شيء لهما وللاجر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول اصح اقول مدار ما ذكرا في شرح المقام على انهما فهما على ان مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا

وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل الا ان يشهدوا بكرة القتل في مكان وفي مكان غيره القتل في زمان ويوم آخر والقتل بعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد وتختلف احكامهما فان كان شهادة فرد واحد اذ قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شئ قتله فهو باطل لان المطلق يقابل المقيد قال وان شهد انه قتله وقال لا ادري باي شئ قتله فعليه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل شهادته لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان ظهر شبهه والقتل مطلق والمطلق يحمل على اقل موجبيه والدية ولانه يحتمل اجماع الشهادة على ابهامهم بالشهود عليه ستر اعليه واولوا كتابهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين

بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وان كذبهما فلا شئ لهما فالشئ لهما بعد الفاء في قوله وان كذبهما في قوله وان كذبهما فلا لهما ضمير راجعا الى الشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وضمير راجعا الى القاتل نسخة معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لا يتصور الا بان يكون مراد المصنف في النسخة الاولى ان جملة اذا كذبهما القاتل ايضا مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقديره وان كذبهما المشهود عليه فلا شئ لهما اذا كذبهما القاتل ايضا وفي النسخة الاخرى ان جملة اذا كذبهما المشهود عليه ايضا مقدرة فيها فتقديره وان كذبهما القاتل في شئ لهما اذا كذبهما المشهود عليه ايضا لكن ليس ما ذهبا اليه بسديد اذ باباه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندي ان مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد ايضا في عبارة الجامع الصغير حينما كما انه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فمراده على النسخة الاولى ان معنى قول محمد رح في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل ايضا اي مع المشهود عليه كما ان معنى قوله فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده اي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى يعني قول محمد رح وان كذبهما اذا كذبهما المشهود ايضا اي مع القاتل فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام **قوله** وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال في الكفاية وانما اول ليكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتاويله ان يكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطيا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بالسؤال والجواب واقول هذا الجواب على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وانا اقول نعم لا يرد على المصنف لان السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه ان يقال ليس لهذا التقييد هنا وجه لانه ان يراد به ان وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكونه ضربه عمدا لا فيما اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في ان تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معتبرا فيما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى **قوله** والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد وتختلف احكامهما اقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان اجمل واشمل اما كونه اجمل فظاهر واما كونه اشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك ايضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود مع ذلك لو قال احد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما ايضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد احدهما انه ضربه بسيف وشهد الآخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى **قوله** ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر اعليه فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى يوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجمال الاول هنا بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شئ قتله ما صادقون او كاذبون وعلى هذا التقدير

وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في القتل العمد فلا يلزم العاقلة **قال** واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا وقال الولي قتلتما جميعا فلا يقتلهما وان شهد على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتما جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يستاويان من حيث وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم رد فرماه السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح

ينبغي ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم لقولهم لا ندري اختاروا حسبة السر على القاتل واحسنوا اليه بالاخبار وجعل كذبهم هذا عفوا عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فتاويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله او لو اكذبهم ظاهرا ورد باطلاقه اي بظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لا يرد ولما ذكره على وجه الاستحسان اصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكره من المحذور في صورة ان صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذي ذكره من قبل لان توضيحه هو انه لم تكن بشهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة اخرى حتى تحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في اصول الفقه فيحمل على الاقل المتيقن فيجب اقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه ان يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف بينهم الا ترى ايضا قول المصنف في تاويل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك ما يكون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار انهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تاويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذاك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم ان يكون لغوا من الكلام والحق عندي ان قول المص ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة الى آخره وجه آخر للاستحسان نظر تقريره وتطبيقه للمقام بادنى تامل صادق يخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذكور في الكافي وهو ان الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل **قوله** وهذا في معناه قال جمهور الشراح اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع ان العفو مندوب اليه هنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هناك وكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا انتهى اقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفوا وليا القتيل دون عفو الشهود وكيف ولو كان العفو حق المشهود لكان الافضل لهم ان لا يشهدوا راسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم ان لا يوجب الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة هنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي ان يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تلو الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والاظهر ان يقال بجامع ان الستر مندوب اليه انتهى اقول يرد على توجيهه ايضا ان يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا اليه وكان درؤه جائزا للشهود بعد ان عاينوا القتل بجارح عمدا لكان عليهم ان لا يشهدوا بالقتل اصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة هنا ثم ان ورود هذا على قاعدة اظهر هنا اظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوبا اليه لكان الافضل للشهود ان يستروه طرا بان لا يشهدوا بالقتل اصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تامل ترشد **قوله** فلا يثبت الاختلاف بالشك قال في العناية يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين واحجموا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وفيه الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى اقول لقائل ان يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك ايضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر **قوله** غير ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا قال صاحب العناية ففي هذه المسئلة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل فقد اقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما

وقاله لاشئ عليه لانه بالارتداد سقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي وقد
كان منه بعده يعتبر بحالة الرمي المرمي اليه فيهما متقوم وهذا يعتبر حالة الرمي فوجب الحل اخرى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد
الجرح قبل الموت والفصل بان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم فوقع به السهم فلا شئ عليه في قولهم جميعا وكذا اذا
رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال فان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه
قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته ومبيا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رح له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية
ينتقص بها قيمة المرمي اليه كالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك وتلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه
اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية

باتلاف بعض النفس القصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتلهما وامافي الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت
شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار اما اقر كل واحد منهما بكل القتل صدق المولى بقوله قتلتما وكل واحد منهما في نصف القتل
والتكذيب في نصف ما اقر به لا يبطل الاقرار اما التكذيب في كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون ردا للاقرار والاقرار يرتد بالرد انتهى اقول هذا
الشرح والبيان من ديناك لشارحين مما لا يكاد يصح لما وبيناه غير مرة ان القتل لا يتجزى فكيف يتصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه وبيناه عليه
معنى المقام وايضا قد مر ان الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد
فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب
ان معنى المقام هو ان كل واحد منهما اقر بالقتل بانفراده وقد صدق المولى كل واحد منهما بقوله قتلتما جميعا في بعض ما اقر به وهو القتل وكذبه في بعضه
الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللمولى ان يقتلهما جميعا
وان اراد انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم اجماعهم بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب
باب في اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذوات ما ذكر بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح **قوله** وقال لا شئ عليه لانه
بالارتداد سقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه قال في العناية الا ان ابا حنيفة رح يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية
غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والجبوبي انتهى
اقول لهما ان يقولا في الجواب عنه انا لا نريد بالابراء في قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل نريد بذلك الابراء الحكمي لانه بالارتداد لما اسقط
تقوم نفسه شرعا اسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان عليه في الشرع فصار فعله في حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده او لم يطابق ولعل تفسير المصنف
قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه يرمي ما ذكرناه **قوله** وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رح قلت لعل وجه عدول
المصنف رح ههنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين ابي حنيفة رح
ومحمد رح فقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح هو ان قول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه
ابا الليث ذكر قول ابي يوسف رح مع محمد رح في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قول مع ابي حنيفة رح كما بين
في غاية البيان فلو قال المصنف رح في اول المسئلة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير
الاسلوب اشارة الى ان فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع ابي حنيفة رح **قوله** ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي
وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته قال الشراح مراد ابي حنيفة رح في هذه المسئلة على اصله وابي يوسف رح فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم وجه الفرق
ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب
عليه ضمان قيمته للمولى انتهى اقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم ينافي العصمة الا انه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي ان يصير المولى
ايضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما اخرجه المولى بالاعتاق
من ان يكون مالا متقوما فقد اسقط حقه في قيمته الا يرى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه

اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان ذلك عند الفقهاء والبداية بخيبة للمولى وزفره وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة والحجة عليه ما حققناه **قال** ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل فرجمه احد الشهود ثم وقعه به السهو فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا فاسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تخمس والمياه بالله اكل لان المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية ان لا بها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات

بالاجماع كما صرحوا به علم لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر الفرق المزبور من قبل ابي يوسف ره قال ومن هذا يعلم ان ابا يوسف ره يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر ابو يوسف ره وقت الرمي في صورة الارتداد لصح منه القول بانه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشائخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول ابي حنيفة ره في ان المعتبر في حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسئلة يعني المسائل الاتية في الكتاب ونظائرها الا ان المرمي اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للراشي عن الدية باخراجه نفسه من ان يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا ابرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا ان ابا حنيفة يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والحبوبي وقال في معراج الدراية واصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرمي على ما يجيء وكذا في مسئلة الرمي ثم تخمس وكذا في مسئلة المحرم على ما يجيء الا انهما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد انه بالارتداد يصير مبرئا للرمي عن الضمان ولهذا قال يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انقضاء السبب وابو حنيفة ره يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي والحبوبي انتهى

قوله اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء لانه لا اثر له في المحل اقول لمتوهم ان يتوهم ان هذا الكلام هنا فيما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شيء من المقتول والجواب ان معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة الاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكانه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احدى موجبي الجناية في الآدمي المشرعين صيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم انتهى اقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضي ان يذكر الديات في كتاب الجناية كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا ان يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب ان مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا واما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من ابواب الجنايات فلوجه آخر لم يذكروه اصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت ان يجعل كتابا على حدة كالكتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلوة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر انواع البيع ثم اعلم ان ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره واما الشيخ ابو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات والشيخ ابو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر احكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات اصلا لان علة احكام الجنايات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية يجب في شبه العمد وفي الخطاء وفي شبه الخطاء وفي القتل بسبب وفي العمد ايضا اذا يمكن فيه الشبهة فرجع جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر وذي القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر

قال: وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين لهذا النص ولا يجزى فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء

كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات فاول في الصحاح وديت القتيل اديه ديه اذا اعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى اقول الظاهر من هذه المذكورات كلها ان يكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجي في الفصل الآتي من ان في المآزن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الحشفة الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل الذي اطبقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المآزن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سياتي فالاظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية اخرا فانه بعد ان ذكر مثل ما ذكر في المغرب وغيره الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي او طرف منه سمي بها لانها تؤدى عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى قوله وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص قال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وكفارة عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزى فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير يعرف بالتوقيف انتهى اقول المحل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلانه جعل بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارة شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب في شوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارة عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ان الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكر في المدعى بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبها حيث قال وكفارة عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الثاني لهذا النص اي باخر هذا النص وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين واما ثانيا فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزى فيه الاطعام فان كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزى فيه الاطعام على ان تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله ولكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الى آخره بعد تفريع عدم اجزاء الطعام على ما قبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزى فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الى آخره دليلا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بان يقال ولانه لم يرد به نص الى آخره كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزى فيه الاطعام كلاما مبتدأ لا مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في اسلوب تحريره اصلا قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء قال الشارح يعني ان الواقع بعد فا الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او نفي منه شيء

اذ كيف يكل المذكور على ما ذكر في تحريره صحيح لعدم ورود مسلمانيه والظاهر سلامة الحرفية وكذا يجزي ما في البطن لانه لم ترد حيوته ولا سلامته قال
وهو اثلاثا في الخطأ الدية مائة من الابل اربعون منها خلفات في بطونها اولادها وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون حقة وخمس
وعشرون جذعة قال الشافعي رحمه الله ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وثلاثون خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان الدية تتبع العمد اغلظ ذلك فيما قلنا
لما رواه عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ فابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ اربعا على ما ذكرنا وعلي رضي الله عنه
فيما عرض به قال لا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل يثبت خلاف ما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة
على القاتل لما بينا من قبل قال الدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا
قول ابن مسعود رضي الله عنه وانما اخذنا نحن والشافعي رحمه الله به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في
قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال لان ما قلناه اخف فكان الحق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور

ومثله مثل انتهى اقول الشكل هذا بالحرمان عن الميراث فان جزاء القتل الايضائي العمد وشبهه والخطأ وشبهه كما مر في اول كتاب الجنايات من اذ ليس من اهل
في الواقع بعد فاء الجزاء الآية المذكورة فلتتامل **قوله** ولكونه كل المذكور على ما عرف يعني لكان الغير مراد الذكر لانه موضع الحاجة الى البيان و
حيث لم يذكر دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في اصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية
بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من
الابل ولم يذكر الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمة وجد بيان بنص آخر فلقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا
ان الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى اقول في كل من جوابيه نظر اما في الاول فلان الثبت بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه
مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف رحمه الله بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم ان لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم
ان يكون مستدركا واما في الثاني فلان اللازم الجيب دفع النقض كما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك ان ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة
في شبه العمد واما رواية عدم وجوبها فيه فمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى ثم ان صاحب الغاية قال في تفسير قول المص رحمه الله ولكونه كل المذكور
اي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني اقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى ان كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام
شهرين متتابعين لا الصيام وحده واما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فامر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في
التفسير ان يقال اي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور **قوله** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية
في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا اقول لقائل ان يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي ان لا يصح القضاء بالدية من غير الابل اصلا
في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في اول هذا الكتاب ومن ايضا في اوائل كتاب الجنايات ان موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل
فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها ان يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في دية وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف رحمه الله فان
قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ فان الظاهر منه ان يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد
في الدراهم على عشرة الاف درهم وفي الدنانير على الف دينار كما فصلوا في الشروح فلتتامل في التوجيه **قوله** وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه فانا اخذنا
نحن والشافعي رحمه الله بروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال اقول فيه شيء وهو ان ابن مسعود رضي الله عنه وان روى
قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الا ان عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطأ مائة من الابل اربعا خمس وعشرون حقة و
خمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان
وغيرها من الشروح والمقادير لا يعرف الا سماعا وكان كالمرفوع فصار ما رواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف رحمه الله مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه
دليلا على ما اخذنا نحن والشافعي رحمه الله به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه الحق بحالة الخطأ لكونه اخف يصلح ان يكون مرجحا
لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في البيان الابل في دية الخطأ ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه اوفق لموضوع دية
الخطأ وهو التخفيف الا ان قول المصنف رحمه الله لان ما قلناه اخف فكان الحق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وما قبله ايضا دليل
مستقل وهذا ينافي ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان بالحجة في تحرير المصنف رحمه الله هنا فوع ركاكة وكان صاحب الغاية تنبه له حيث غير اسلوب تحرير المصنف رحمه الله في شرح

غيران عند الشافعي رح يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفا
لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روى عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية فقيل بعشرة الاف درهم وتاويل
ما رواه انه قضى من دراهم كان في زمانه وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح قالا تثبت من البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل
مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم مالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها
ضمان المتلف بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه يصالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هو قول
الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض
ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا ينتصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه

هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رض لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطاء لان الخاطي معذور انتهى تبصر قوله غيران
عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض اقول هنا كلام وهو ان قوله هذا استثناء من قوله واخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في
العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في الماخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر ان الضمير به في قوله واخذنا نحن والشافعي
به بعد قوله وهو قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون الماخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود وبعد ذلك كيف يتم القول
بان عند الشافعي يقضى بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض
متعين في قوله وانما الذي يصلح ان يكون ماخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطا عن
ابن شهاب عن سليمان بن يسار انه كان يقول في دية الخطاء عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون
جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتامل في التوجيه قوله ولا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقرة مائتا بقرة و
من الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة
او غيرها على قول ابي حنيفة رح كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من
الابل انتهى اقول بيت شعري ما بالهم صوروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة
اظهر واجلى فان للقاتل الخيار في اداء المسلم الدية من اي نوع شيئا من انواع الدية لا من غير انواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يمكن القاتل من ادائها
من نوع البقر او نوع الغنم او نوع الحلل كما يتمكن من ادائها من الانواع الثلثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية
كتاب الديات لا يتمكن من ادائها الا من هذه الانواع الثلثة قوله وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا
اية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال جمهور الشراح اورد قوله وذكر في المعاقل اي معاقل ليست شبهة على ما روي
عن ابي حنيفة رح من انه لا يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وجه ورودها ان محمدا رح ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الفي
شاة او من مائتي بقرة او من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة في الدية عنده
ايضا وذكر الجواب بوجهين احدهما يصح الشبهة ويرتفع الخلاف ثانيهما وضع الشبهة بحمل رواية المعاقل على قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول
منهما حيث قال ولا ارى صحته لانه تناقض رواية كتاب الديات كما مر انفا انتهى اقول ليس هذا الشيء لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية
كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند تامل
ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين احدهما انه يصح الشبهة فقال نعم تلك الرواية اعني رواية الخلاف
غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع اعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى
وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى ليس بصريح في كلمات القضاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية
الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى اقول هذا لا يصلح لدفع رد الوجه المذكور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن اصل الشبهة
لان ماله الى ان يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احدهما قول الاول وفي الاخرى قوله الآخر الذي رجع اليه وقد ذكره ايضا صاحب العناية

وان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال دية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال في قديمه دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم ولنا قوله عليه السلام في الذمي ما للمسلم له وعليه ما عليه وقوله عليه السلام دية كل ذمي مثل دية المسلم وروى ان النبي عليه السلام جعل دية النصراني واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية الذمي مثل دية المسلم وروى ان عمر رضي الله عنه قضى بذلك وهو مذهب الصحابة رضي الله عنهم وما رواه الشافعي فلا يعرف في كتب الحديث شيئا وما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم فصل فادون النفس قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال في اللحيين الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روي سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللحيين الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وهكذا روي الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه فلا اصل في الاطراف اذا فوت جنس منفعته على الكمال اذا لا مقصود في الادمي على الكمال بحيث لا تلافي النفس من وجه وهو الاتلاف من كل وجه فتقطع للادمي اصل قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وهذا يشعر بوضع الدية في النفس لا في الانف فلا يدل على الكل وهو منفعة مقصودة ولنا اذا قطع المارن او الاذنين معا ذكرا او قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لان عضوا واحدا وذلك اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق فكذا في قطع عضو اذا منع الكلام وان كانت الالة قائمة ولو قدر على الحكم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف قيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر بما لا يقدر يجب كيلا يلزم اداء اكثر مما يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال الناشئ عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لا يفوت به منفعة الوطء والاستمساك في البول والرمي بدون الماء والايلاج الذي هو طريق الولد فلا تفوت عادة وكذا في الحشفة والذكر كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والنفق والقصبة كالتابع له قال في العقل اذا ذهب تجب الدية لفوات منفعة الادراك والتمييز بنفسه وفي معناه مقامه وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد قضى عمر رضي الله عنه قضاء بارع دية في ضربة واحدة ذهبت بها العقل والكلام والسمع والبصر قال في العينين اذا خلقت فلو تبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال في شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي وفيهما حكومة عدل لان لك زيادة في الادمي وتكميل الخلق شعر الرأس كله والكل يعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق في تهذيب شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال في حقها لتوبيه على الجمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين لان شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدم حلقه تكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق ولا يعلق بهما جمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب فيها كمال القيمة والتحرير على الظاهر ان المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح لانه تابع للحية لاتصاله بعضو الطواف واما لحية الخوسيان كان جمالا فيه شعرات معدودة فلا يبقى في حلقه الا ان وجوده ليشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل بقية حكومة عدل لان فيه نقص الجمال

بعد بيان ذينك الوجهين ورواحدها حيث قال وحمل بعض مشائخنا على ان في المسئلة عن روايتين انتهى ومدار رده احد ذينك الوجهين على ان يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بان ينحصر القول منه في تلك المسئلة فيما ذكر في المناقل والا لا يتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكر تفهم قوله ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه اقول لقائل ان يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل وتبعه يعني اقول لا مانع ان يكون بطلان اللازم لازما فلا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام الا ترى ان القصاص يجري بين العبد والمرأة في النفس ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية ايضا فصل فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها ايضا تحقيقا للمناسبة قوله اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه انتهى اقول فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي ههنا ان يقال فالحقنا بغيره دلالة قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر بما لا يقدر يجب قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف انتهى اقول ذكره ساقط اذ الظاهر ان مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والثاء وغيرها ما ذكروا هو الالفاظ التي تهجى بها لا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم والذي من اقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في اول اخذ واوسط بسال وآخر قرأ لا الحرف الذي تهجى به وهو لفظ الف اذ هو مركب من ثلثة اجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئية الاوسط الذي هو اللام فتشا نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي تهجى بها اسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي تركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف في اول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح ان يكون مرادهم بذلك ما تهجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مستعملا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه ايضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف ره ايضا جار على ذلك الاصطلاح السائغ فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك ان الغاية من الحروف انما يعرف بالامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع

وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الاجمال فقد كان اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء الا الارش في الجناية ويؤدب على ارتكابه الاخير وان نبت بيضاء ففي ابي حنيفة رواية انه لا يجب شيء في الحر لانه زيادة بيضاء والاولى العبد تجب حكومة عدل لانه نقص قيمته عنده وتجب حكومة عدل لانه زيادة في غير الانسان يشبه والارش يستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية عند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقيل الخلاف في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية فيا كتب النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية لان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة وفي الكمال فيجب كل الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا خلاف ثدي الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وانسداد اللبن وفي احدهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية لقوله عليه السلام رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر صدره في الاصل للمجاورة كالرواية المغربية وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال في الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو بمنزلة دفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها وتحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحاجب فيه كذا ولو قطع الجفنين باهدابهما ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام وفي كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كالعين مع الشفر قال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها عشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث الدية لان الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالاذن والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص في قول وفي الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صدغيه فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدب لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدبة لا شيء عليه لانها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تخرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم

بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي ان طرف قطع رجلا لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرا ابت ث فكلما قرا حرفا اسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرا اوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فجروا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تقت قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الاجمال اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على ثلثة اقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية ينافي ذلك والجواب ان مراده بقوله لانه ليس بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلثة اقسام في سياق كلامه اعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة قوله والاسنان والاضراس سواء قال في الغاية قالوا فيه نظر والصواب ان يقال والاسنان كلها سواء او يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم لجنس يدخل تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل وثنتان رباعيات وهي ما يلي الثنايا وثنتان انياب تلي الرباعيات وثنتان ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى الطواحين من كل جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي اخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء لعودة الى معنى ان يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى اقول في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في اوله والصواب ان يقال وفيه اشارة الى ان ما في الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع ان تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت في علم البلاغة ولها امثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملئكته ورسله وجبريل وميكال فجاز ان يكون ما نحن من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى ان يقال الاضراس وما عداه من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من افراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله او يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما اورد على ما في الكتاب فان الاضراس تعم الانيات ايضا كما افصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى ان يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الايراد على ما في الكتاب فلا معنى لان يكون ذاك صوابا دون ما في الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا ان يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

فصل في الشجاج لما كان الشجاج نوعا من انواع ما دون النفس ولكثرة مسائله اسماء وحكما ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المص لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل في ما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من انواع ما دون النفس وذكر سائر الواجب

والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال في الموضحة القصاص لان عمر المارروي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان يستوفي السكين الى العظم فيستاوي فيتحقق القصاص قال والقصاص في بقية الشجاج لا لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه لان فيما فوق الموضحة كسر العظم والقصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي اصله وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك النفس غير انه يعتبر حسابا تقريبا حتى يقدر ذلك فيقطع بمقدار القطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيه مقدر ولا يمكن ايجابه فوجب اعتباره بحكم العدل وهو قول النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمه الله قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية وان نفذت فيهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت تولت من الجانبين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي تبلغ حرفيها الدم ويسود وباذكرنا وبدأ مروي عن ابي يوسف وهذا الخلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها نفس فتدخل في الجنايات مقصودة بحكم على حدة

التي سيجيء في الفصل الآتي في فصل آخر ايضا لكن احسن واوفق لما هو المتعارف في نظائره كما لا يخفى **قوله** والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم اقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتمدة كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حتى قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي الا انه منظور فيه عندي لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال ابن عبيد الدامية هي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم فاذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة ويسجي من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم اقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم ان اول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي يشق الجلد ماخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق والدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم لهذا ذكره الطحاوي وذكر شيخ الاسلام رحمه هي التي تسيل الدم اكثر ما يكون في الدامية من السيلان ماخوذ من دمع العين وكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجب من الالم الى هنا لفظ المحيط تبصر **قوله** والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه اقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف نظر وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتاخرين فيه لان قطع الجلد متحقق في الصورة الاولى ايضا سيما في الدامعة والدامية اذ الظاهر ان يسيل من اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط الباضعة وهي التي تبضع الدم اي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه انتهى ويعضد ذلك ما وضع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد ويشق اللحم شقا خفيفا وتدمي الا انها لا تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا يشتبه الباضعة بالمتلاحمة فانه قال في الكتاب في المتلاحمة وهي التي ياخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا نقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكافي حتى يلزم الاشتباه بل يريد عليه الاشتباه وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم الى هنا قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها اي تتلام وتتلاصق انتهى وقال في الصحاح والمتلاحمة الشجة التي اخذت في اللحم وابتلغ السمحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاحمة اخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى **قوله** وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم يدل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل الشراب اليه كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع

قوله الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكومة تجب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر وانما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولأنه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه بقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الأبدان وهو العضوان هذان لا سواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجب فيهما أرش مقدر لا يجب المقدر وهذا لأن الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة لناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد تحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس وجوف البطن وتقدير حكومته العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله أن يقوم مملوكا بدون هذا الأثر ويقوم وبه هذا الأثر فينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن الأصل فيه يرد إلى المنصوص عليه **فصل**

اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الإيضاح يكون الأمر كذلك إلا أن المصنف رحمه الله تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعني أنهما لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما إذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقا **قوله** ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الإيضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه إذ لا شك أن كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لأنهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بأن حد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتي في هذا الفصل حتى قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضا بأن الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم التي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك وقال المصنف رحمه الله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لشمول الكل فيه ذلك ما معناه أن يقال وكذلك الرأس بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وإرادة التشبيه يقتضي المغايرة محالة **قوله** ولأنه إنما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه بقاء أثر الجراحة قال بعض الفضلاء ليس على عدم جواز إلحاق الجراحة بها دلالة ففي قوله ولأنه تسامح انتهى أقول إن أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وإن أراد أنه دليل أصل له على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن تضمين الدلالة أيضا على عدم جواز إلحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله ففي قوله ولأنه تسامح ممنوع لأن قوله لأن التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولأنه إنما ورد الحكم فيها إلى آخره دليلا على ذلك أيضا أصالة كان حق الأداء أن يقال ولأنه بلا تسامح أيضا ولعل ذلك البعض إنما غره تقرير صاحب الكافي هنا حيث قال لأن الأثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناها حتى يلحق بها الشين ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقها بقاء أثر الجراحة والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقدير المصنف شأن آخر كما ترى **قوله** إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد تحقق فيه معنى المواجهة أيضا قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الإسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيين في الطهارة لأنهما من الوجه على الحقيقة إلا أنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية وأيضا وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجبا بأنا تركنا هذه الحقيقة بالإجماع ولا إجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى أثره الشارح العيني أقول في الجواب إشكال عندي لأن اللحيين إذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالإجماع نسخا للكتاب بالإجماع وقد تقرر في أصول الفقه أن الإجماع لا ينسخ الكتاب والسنة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس وجوف البطن أقول فيه كلام وهو أن الجائفة إن تناولت ما في جوف الرأس أيضا فالتي في جوف الرأس منها إن كانت من أحد الأنواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الأنواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها وإن لم يكن من أحد تلك الأنواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة إذ يكون الشجاج حينئذ إحدى عشرة اللهم إلا أن يقال هي أحد تلك الأنواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الأنواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى

فصل لما كانت الأطراف دون الرأس لها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف فيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها منفصلة السابعة في الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح وجه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد الة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يحصل الذراع تبعا في حق الضمين لانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع والتابع للتبع **قال** وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس والاثنى في الكف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر وهو قول القليل الخ الشيخ رح لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولابي حنيفة رح ان كل واحد اصل من وجه فوجبا بالكثرة ولان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة شرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات الحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف اصابع لا اصابع والاصابع لا كف فالاصابع اصل في التقوم والاكثر حكم الكل استحبت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها **قال** في الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لا تجزؤ من بدنه لكن لا منفعة فيه لا دنية ولذلك السن المنفصلة ظاهرا وفي عين الصبي ذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع الاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها كان الارش الكامل للشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف الاذن لان الشاخصة الاذن المقصود هو الجمال وقد توجد على الكمال لكذلك لو استعمل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بدونه في حكم كالباطنة في الحاجة **قال** ومن شج رجلا فذهب عقله او شعره او سمعه دخل ارش الموضحة في الدية

في الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يمشي في بعض منها دون الكل فالاوجه عندي ان يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان اوردها المصنف رح في فصل على حدة وآخرها عن الفصلين المارين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتاخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها الا انه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد ايضا اعتمادا على فهم الناظرين **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية اي في اصابع اليد الواحدة وهي خمس اصابع نصف الدية ولو لم يكيف الاستلزام والاقتدار في حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من التصريح بها للزم ان يذكر ايضا ان في الاصبعين عشر الدية وفي ثلث اصابع ثلثة اعشار الدية وفي اربع اصابع اربعة اعشار الدية الى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها اصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة اللاحقة اياها وهي قوله فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا وان قطع الاصابع يد بلا كف وفيها نصف الدية **قوله** ولان في قطع الاصابع تفويت جنس البطش وهو الموجب يعني ان في قطع الاصابع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ما مر ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع اصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها اقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا لكان حق قوله وهو الموجب ان يؤخر قوله على ما مر فاذا كان قوله على ما مر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم ان يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار اليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على ما مر اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة على ما مر في فصل فيما دون النفس انتهى اقول هذا البعد ما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الالة مما لا فائدة له اصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع اصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد ازالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف رح هنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن صرف عضوا فاذهب منفعته بدون ان يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تاثير تام وفائدة ظاهرة هناك ثم اقول الاقرب الى الحق عندي ان يكون قول المصنف رح هنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في اوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعته على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي انتهى فان الظاهر منه ان الموجب للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة او ازالة الجمال المقصود في الادمي على الكمال فيناسب الاشارة اليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر **قوله** ولهما ان اليد الة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قيل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها ان يكون الباطش هو الاصابع لا غير فيتبين كلامه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفطن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال لهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انه الة باطشة والاصل في

لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل المنفعة تعلقا بسبب في الجملة دخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا

قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا

البطش الاصابع والكف تبع لها اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين انتهى ثم اقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف ره ايضا بنوع عناية وهو ان يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش بها اي لان اصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي ان يكون بالكف ايضا بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع **قوله** لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات اقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول ارش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من انه قد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم في ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتامل **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط قال صاحب النهاية اي لو نبت الشعر والتامت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى اقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشيء اذ لا ريب ان كون وجوب ارش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا لمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد امر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكر في فصل الشجاج ان لا يشترط في وجوب ارش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت من بعد اصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم اي تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا او نصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك ان اسم الموضحة وحكمها المذكور يتحققان فيما ينبت فيه الشعر وكان اشتراط ان لا ينبت الشعر بعد البرء اصلا في وجوب ارشها امرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف ره وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي ووجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات **قوله** وجوابه ما ذكرناه قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف ره وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه **قوله** داخل الجزء في الجملة لان بعض الجزء توجد في صورة فوات شعر راسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكونه مراد المصنف ره بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرح قوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة في الدية سبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى ان هذا المعنى مختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر راسه كما ان قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان الفعل الثاني اشمل من الاول والوجه عندي ان يكون مراد المصنف ره بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى **قوله** وجه الاول ان كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء وقال في شرح الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رايت في المنتقى وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وارش اليد بلا خلاف من احد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب ارش اليد كما لو مات

وجه ثاني ان السمع والكلام مدرك بغيره بالعقل البصر ظاهر فلا يجب به **قال** في الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة وهشت جبينه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالا وينبغي ان تجب الدية فيه وان قالا في الموضحة القصاص قولا وينبغي ان يجب الدية في العينين **قال** وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشلت ما بقي من الاصبع واليه كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل لذلك لو كسر بعض من رجل فاسود ما بقي ولم يحرك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال قطع المفصل واترك دليلا والكلام المكسور ترك ايضا في لم يبن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فضلا كما لو شج منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة كما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فاشبهتا في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول لانه الجراحة الاولى سارية والجرح بالمثقل ليس في وسعه السارى فيجب ايضا لان الفعل واحد حقيقة لوجود الحركة القائمة وكذا الحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر فاورثت سمامة شبهة الخطأ في الدية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من ايتصاحبه بخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا **قال** وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقالا في والحسن رح فيه نقص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو اذا شج موضحة قد هشت بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية لان الشلل لا قصاص فيه لا الاصل عند محمد له على هذه الرواية ان سراية ما يجري فيه القصاص الى ما لا يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو التاثي النفس وقد وقع الاول الجراحة وجب القصاص بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا تؤدي التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة **قال** ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على واحد ابن سماعة رح لو اوضحه موضحتين فاتلفا فهو على الروايتين هاتين **قال** ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان السراية قد تحققت والحادث فيه مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية بعد ما تمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها او نبتت عليه الحق صبي القالع الارش بالاجماع لانه لا يعتد باذى العروق ولا تعود بها اذا قطعه اذ ذنه الصقوه فالتحمت الا بالاعادة الى ما كانت عليه من قرع سن رجل فانتزع المقلوع سنه من النازع فنبتت سن الاول وفعل الاول بالثاني حتى صار دمه اذ تبين انه استوى في غير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانه اخرى فانه صحت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالجناية الا ان تنبت شيء ظاهر فاذا مضى الحول ولم تنبت يقتص بالقصاص واذا نبتت تبين انها اخطأت فيه والاستيفاء كان غير حال الا يجب القصاص الشهر فيجب الال قال ولو ضرب انسان سن انسان فحركت يستأنى حولا لينظر الى ما تؤول اليه فلو اخذ القاضي سنه فوضعها المضروب فيه سقطت سنه فاختلفا قبل الستة فيسقط بضربه فالقول للمضروب ليكون الناجل فيه اوهنا الى ما اذا شج موضحة وجاء وقد صار مندملة واختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة الا بالتحريك فهو في السقوط فانه قالوا ان اختلفا فذلك بعد الستة والقول للضارب الا ان ينكر ارتفاعه وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمشجوج ولو تسبب الشيء على الضارب وعن ابي يوسف ثلاثة حكومة الاروش بين الوجهين وسنبين الوجهين ان شاء الله تعالى

والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد في السمع وقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى اقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها ايضا عضو واحد وهو اليد مع انه الالم يدخل ارش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغائرا لعضو اليد فيكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل في مسئلة الشجة ايضا عده مغائرا لمحل الشجة حتى يكون هذه المسئلة ايضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر بالجملة ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض ايضا فتامل **قوله** ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن قال صاحب الغاية قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا يترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر انتهى اقول يمكن ان يقال المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى **قوله** وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل اقول لقائل ان يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فيدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما اسلفه ان يجب في الكل كما اذا سبب الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره هنا اللهم الا ان يكون بناء اختلاف ما ذكره في المتباينين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر هنا وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه اجمعوا على انه لو قطع مفصل من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر **قوله** ولهذا يستأنى حولا بالاجماع اي يوجل سنة بالاجماع وذكر في التتمة ان سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحوال هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل الا ان قبل البرء لا يقتص والا الى حول الاثر لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب الغاية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف رح وانما الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في ابانته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا لا استثنا حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى اقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع ما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشائخنا قالوا اي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشائخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف رح بالاجماع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشائخ وانتفاء احد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الاخر الا يرى ان المشائخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اتباع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه ان يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكره في غاية البيان فانه قال فيما نقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة قال ابو يوسف رح رجل قلع سن رجل لا ينتظر بها حولا وانما ينتظر بسن الصبي واقتص عليه بارشها

ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكن ان يضربه ضربة تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر **قال** ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالوهر حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل لم يزل فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب ثم الدواء لانه انما لزمه اجرة الطبيب ثم الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من مال الانسان الجنيفة وهو قول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولو برجه في حق الجاني فلا يقوم شيئا **قال** ومن ضرب رجلا فانتفخ فجر فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثر فهو على الخلاف قد مضى في الشجة الملتحمة **قال** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب حد وهو الدية وهما بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء **قال** ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس ولنا ان الموجب قد تحقق فلا يبطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء **قال** وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع

وذلك لان بلوغ السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض اصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في الحجر ولو نزع سن صبي ينبغي لامام ان يأخذ ضمانا عن النازع للمنزوع سنة ويوجله سنة منذ يوم نزع سنة فاذا مضت سنة ولم تنبت اقبض له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشائخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستثناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر ان المصنف رح ايضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع لما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر مع كون منافاته اياه اظهر على تقدير حمل الاجماع على اجماع المشائخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية

قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة **قوله** ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله قال في الذخيرة والمحيط اوجب محمد رح كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى او من العوارض التي ترى قالوا يجب ان يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم يفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهكذا ذكره الشراح هنا وعزاه اكثرهم الى الذخيرة فقط واورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه خالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من ان الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها ايضا في الجملة وانما مال القصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكروا قبيل فصل الشجاج ومن كون الجمال تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة اصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة

قوله لقوله عليه السلام لا يعقل العواقل عمدا الحديث قال صاحب النهاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر انفا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط اما اولا فلان هذا الحديث كما روي موقوفا على ابن عباس والشعبي روي ايضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هذا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف رح في كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبي عليه الصلوة والسلام على ما روي مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف رح هنا كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على ما روي موقوفا ايضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول ومر في الكتاب مرارا فصح قول المصنف رح في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية انه قال وقد مر انفا والذي مر منه انفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد رح بن الحسن في موطاه وقال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رض قال لا يعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على انه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره هنا كما لا يخفى

قوله غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد اقول ان قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف رح قال في اوائل كتاب الجنايات آنفا بيانا ان من موجب شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان الاول هنا مالا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة بمقتضى الاصل المذكور هناك مع انه يجب على القاتل في ماله كما صرح به انفا فالوجه ان يترك قيد

قال واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح هي حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف والخاطئ وشبه العمد فلا يستحق ولان المال وجب جبرا لحق الورثة وفي نفسه حال فلا يجبر بالموجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون شبيها بالكفارة والخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس ان تقوم الادمي بالمال لعدم المماثلة لكن الشرع قدر ديته بمائة من الابل لا يعدل عنه لا سيما في الزيادة ولما وجب التغليظ باعتبار العمد تركه الزيوف وصفا وكل جنايته اعرف بها الجاني فهي في ماله والايصال في عاقلته مما زاد لان الاقرار لا يتعدى المقر تصورا ولانه عن خبره لا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وقال الشافعي رح هو كالعاقل ولنا انه كالصبي حالة موجبها حساية فصار عمده كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى يجب القود في ماله لانه عمد حقيقة والعصمة هو القصد عنده وهو القصاص منصوص عليه حجة الاخروية هو الوجوب في ماله ولهذا يجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله الا انهما يفترقان بالقتل فانا ما روي عن علي رضي الله عنه انه سئل عن عمد المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة الرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي اولى بهذا التخفيف والاسلام يتحقق العمد بتحقق العلم والعمد بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي ناقص العقل فلا يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لستره لانها من دعاء الفعل وقيل في الجنين قال واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر انه لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة درهم او خمسمائة فترك القياس بالاثر وهو حجة على من قدر بالاستحسان وبالثاني الثانية هي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب مالا ولقد اصاب فيما بعد حيث قال ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون موجبا لكفارة الخطأ وشبه العمد قوله واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين قال صاحب النهاية كان حكمه قد خلا من الضابطة الكلية فلم يكن ذكره لبيان خلاف الشافعي رح انتهى اقول اعتباره هذا ليس بسديد اما اولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والهداية ايضا بدون بيان خلاف الشافعي رح اصلا فكيف يصلح بيان المصنف رح في قوله شرحه خلاف الشافعي رح لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة وهل تنبغي العاقل بمثل ذلك الاعتذار واما ثانيا فلان خلاف الشافعي رح ليس بمنحصر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتاجيل في العمد اصلا بل يخصصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليله المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي العمد وحكمها التاجيل مطلقا كما صرح به المصنف رح وقوله غير ان الاول يجب في ثلث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي رح لا يقتضي افراد حكم هذه المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة بالكلية فلا تمشية للاعتذار المذكور اصلا

فصل في الجنين لما ذكر احكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان احكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في اصوله ان الجنين ما دام مجتنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكونه منفردا بالحيوة معدا لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه فلما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امراته بعقد الولي قوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم اقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد ان قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر ان دية المرأة نصف دية الرجل فعشر دية نصف عشر دية لا محالة وقد نص عليه ههنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته ان لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف رح ولم يتعرض قبله لتفسير عشر الدية بعشر دية الرجل قوله والقياس ان لا يجب شيء لانه لا يتيقن بحيوته قال في العناية وكثير من الشروح تتميما لما في الكتاب وفعل التقبيل لما يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى اقول يرد على هذا البيان انه انما يتم ان لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز ان يكون جزاء اتلاف عضو من الآدمي صالح للحيوة كما يجب في اتلاف سائر اعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والاظهر في البيان ههنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يكمل ارشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تقوم انتهى تدبر قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان يكن انتهى ورد بعض الفضلاء قوله او معد للحيوة في تقرير السؤال حيث قال كونه معدا للحيوة ممنوع لجواز ان يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينفي استعداده للحيوة ولقد اشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحيوة فيجعل كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تصرف قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت

وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا الذي روى من الصحابة الا آخر الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون من موروث بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في

خمسمائة درهم اعلم ان الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد اعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح ايضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن القدوري ورده بما رده صاحب النهاية وقال صاحب العناية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم فينبغي ان يكون او بسكون الذال بالالف بعده بالعين انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة درهم قيل ما دونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد ان نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى وكانه ارتضى التوجيه الثاني اقول التوجيه الثاني ايضا مردود عندي اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به انفا حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم فما فوقها فان مثل ذلك كله في مال القتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه ايضا ثم اقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو ان يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بان يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على التثبيت بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان الواجب في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان انثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن ان تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى **قوله** وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء اقول في تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني بل لا بد من ان يكون البدل اقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد قيل هذا الفصل ان عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن ان يقال ان مذهب مالك ان لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان اقل من ثلث الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تامل تقف **قوله** ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه اقول في الاستدلال على انه بدل النفس تسمية النبي عليه الصلوة والسلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء والاجزاء دية الا ترى الى ما مر في فصل ما دون النفس ان سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المأمومة الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم وكتب له ايضا وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية الى غير ذلك فليتامل في الدفع **قوله** الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة قال صاحب العناية قول المصنف ره هذا تعليق لقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكانه يقول اذا كانت الغرة اقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لان في جنين الامة لا فائدة على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى اقول نظره ساقط لان قول المص ره الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة انما يدل على انها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم العاقلة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا ايضا في الروايات فمفهوم قوله المذكور انها تعقل خمسمائة متعلقا في الجملة لا انها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف ره الا ان العواقل لا تعقل فيما دون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى اقول

ولعدم ضمانه لان ضمان الطرف لا عند ظهور النقصان من الاصل لا معتبر به في ضمان الجنين لكون بدل نفسه فيقيمها زال بروسه وجب ضمان النقصان لو انفصلت لانعدام اعتبار الجنين
الحيات وصل لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر ان شاء الله تعالى لا اعتبار ان اصله **قال** فان ضربت فاعتق الاب باقي بطنها ثم القت جنينا ميتا فقيمته
حيا ولا تجب الدية فان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حال الرق فلزمه تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا ايا وهو حي فتنظر الى
حالة السبب المتلف قيل هذا عند هما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاحتباس قائم مقام الاتلاف ان شاء الله تعالى **قال** لا كفارة
في الجنين وعند الشافعي تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانه تعلق بالقتل المحض والعقوبة لا تتعدى الى الجنين لانه جزء من الام
خطورا فلا تقرب الى الله تعالى الا فضلا ولا يستقيم مما ضمنه الجنين الذي فيه شبهان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لا طلاق ما رويناه ولانه وان تحقق امرية الولد
العدة والنفاس وغير ذلك فكان اثبات حكمه ولا يكون هذا الحكم وكان بعد الفصل ويتميز عن الحقيقة والدم وكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان يتلفه عليه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه
وبدوابه فكان له حق التقرر كما في الملك المشترك فان لكل احد حق التقرر لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك **قال** ويسع
للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بالمعدوم اذا لم يكن مكروه له وذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في
الاسلام **قال** وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا او ميزابا الا باذنهم لانها ملكهم لهذا وسببه التفقه لهم على كل حال فلا يجوز التصرف فيه بغير اذنهم او لو ضرر بالمرور في
الطريق النافذ له التقرر الا اذا اذن لانه تعلق به الوصول الى اذن الكل فجعل حق كل واحد كانه هو المالك وحق حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع لا كذلك غير النافذ لان الوصول الى رضاهم
ممكن فيبقى على الشك حقيقة وحكما **قال** فاذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب التلف متعد بتشريعه في الطريق وهذا من اسباب التلف
وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب كذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فمات فالضمان على الذي حرك الحجر لانه يصير كالة ايا وعند ان سقط
نظرا لهما كالة منه في الحالين وجزء فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لانه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لانه متعد باذنه لا ضرره لانه
يمكنه ان يتكيه في الحائط ولا كفارة عليه لانه لا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهذا بالنصف كذا اذا جرحه
ثم نشر ولو لو جرحه اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للحالين ولو اشرع جناحا في الطريق فشرع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع
الخشبة وبرئ البه فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم يتصل بالمعطب ولو وضع في الطريق حجرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد
فيه لو سكنت الريح على موضعه آخر ثم احرق شيئا لم يضمنه لتقسم الريح فعدة وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه قد علم عادة بها فتبقى وقد فرض عليه بها فجعل كمباشرته

وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية اخذا من النهاية واورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال
لقائل ان يقول النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى اقول هذا اعجب من
مثله فان مضمون ايراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب ايراده اصلا والذي ذكره في شرح تاج الشريعة هنا هكذا فان قلت عموم
قوله عليه السلام في الجنين غرة عبدا او امة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من اضمار فيصير كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك وقع في ذلك انتهى تامل في
تفصيل جوابه لعل صالح **قوله** ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها اقول لقائل
ان يقول ان اراد انه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث
انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث النقصان بالام وان اراد انه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على مدعانا دافعا لما قاله الشافعي رده من ان جزءه
من وجه وضمان الاجزاء يوخذ مقدارها من الاصل فليتامل

باب ما يحدثه الرجل في الطريق لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة شرع في بيان احكامه تسبيبا وقدم الاول لكونه اصلا لانه قتل بلا واسطة ولكونه
اكثر وقوعا فكان امس حاجة الى معرفة احكامه **قوله** ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لانه له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما هو في معناه اذ المانع
متعنت اقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة انفا للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الائمة
ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى الا على اصل محمد رحمه الله اما اولا فلان قوله فيلحق به ما هو في معناه ليس بتام على اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله عليهما
كما صرح في الشروح وعامة المعتبرات ان اصلهما ان لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنع القائل من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن في اراد
الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه فظهر منه ان عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على امر منكر على اصلهما
وهو الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما ان يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على امر منكر اصلا حتى
يصح الحاق ذلك به واما ثانيا فلان قوله اذ المانع متعنت ليس بتام ايضا على اصلهما قطعا اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا الى جواز منعه
شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي اقاما عليه فتبصر **قوله** وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب قال الشراح يعني الكنيف والميزاب
والجرصن اقول لعل قول المصنف ره هذا مستدرك لان ما مر انفا من لفظ مختصر القدوري وهو قوله واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه
فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا للجميع ما ذكر في اول الباب اما للميزاب فظاهر كما ترى واما لغيره فلك فلعموم قوله او نحوه فلا حاجة
الى ما ذكره المصنف ره هنا بل لا وجه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تامل **قوله** وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة اقول فيه نوع تساهل لان
جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطبت به دابة تجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا يقتضي الاشتراك في الجواب

ولو استاجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغ الموكل العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن

وهو غير متحقق في قوله او عطبت به دابة اللهم الا ان يكون المراد بكلمة كذا ههنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا تعثر بنعله انسان وقوله او عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل **قوله** ولو استاجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ قال شيخ الاسلام هذه على وجوه ان قال لخرج الجناح للاجر او انبوا جنا حالي على فنا داري فانه ملكي اولى حق اسراج الجناح اليه من القديم ولم يعمل العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه كما لو استاجر غيره لينبح له شاة ثم صحت الشاة بعد النبح فللمستحق ان يضمن النبح ويرجع النبح به على الامر لانه غره كذا هكذا وان قال للآجر اشرعوا جنا حا على فنا داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح القديم او لم يخبرهم حتى بنوا جنا حا بامره ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فكذلك على جواب لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا الفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر لينبح شاة جاره فذبح ثم ضمن النباح للجار لم يرجع به على الامر وكذا لو استاجر بهم لينبوا بنيانا في وسطه ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فنا داره مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح ليكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفنا داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جمهور الشراح ههنا اقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام واتفاق جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا الفساد الامر وهذا انما يتم فيما اذا اخبرهم بان ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد سووا هنا في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح في القديمة او لم يخبرهم والثاني انهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث امره غير صحيح من حيث ان فنا داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع ان مدخلية هذه الحيثية في فساد امره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يامرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد امره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل امرهم بالانتفاع بذلك بانشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك انه مملوك له من حيث الانتفاع له به كما صرحوا به فكيف يفسد امره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث انهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الآجر ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر والظاهر منه ان يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الامر ابتداء مع ان الفقه يقتضي اولوية كون الضمان في الوجه الاول ايضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الامر انه ملكي اولى حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم اقول تقرير المصنف في هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح ههنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يابا ه جدا فان المصنف رح جعل المسئلة على وجهين احدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم احدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب

ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صار علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجيء موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء صار عليه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه منهم طرق المرور وهذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذ هيا جميعا او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا يبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر **قال** من حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو لم يجر فضاء شيء فعطب انسان فالضمان على الذي فعله لان حكم فعله قد انتهى بالفراغ وانما اشتغل بالفعل الثاني في موضع آخر

قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يسلم فعلهم الى رب الدار فاقتصر عليهم ولا يخفى ان هذا التعليل يقتضي ان يكون الضمان عليهم وان لم يرجعوا به على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا اي في الوجه الاول ايضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو اذا اخبرهم الآمر بان له حقا في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الآمر ولم يسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بان له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك بيانا قطعا ويقتضي ان لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده يقولهم لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا للآمر لا مراجعا عن عقده فلم يكن بامر الآمر فما كان وجوب الضمان عليهم بامره بل كان بفعل انفسهم ويقتضي ايضا ان لا يتم نظير الوجه الاول بما لم استاجر غيره لينبح شاة له ثم انتقلت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا انتهى ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الآمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا يتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة ويجيء من الشارح ايضا يعني صاحب العناية اقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل احد باشراع الجناح مباشرة القتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو بان يكون مباشرة من الفعلة او من الآمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر وجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به احد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده والذي يجيء من الشارح ايضا لا بد وان يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية واما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا للفعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى **قوله** ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش اقول في تحرير المصنف ره هنا شيء وهو ان الظاهر من قوله فيما مر آنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء ان مسئلة ارش الماء لغاية مسئلة صب الماء وقد ذكر ههنا الصب في اصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة ويمكن ان يعتذر عنه بانه انما فعل هكذا ايماء الى اتحاد مسئلتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بمغايرتهما مما ذكر من قبل **قوله** واذا استاجر اجيرا يبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا قال في العناية لم يتعرض المصنف ره بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستاجر حيث قال وان استاجره رجلا ليحفر له بيرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الآمر انتهى اقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على ان الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب ان الفناء للمستاجر الا انه يدل باطلاقه على ان الجواب في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الاجير ولم يتعرض له

وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعلها فيما امر من له الولاية شرعا في العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او ماله فيتاكد على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه مما ذكرناه غيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا احفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح لو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او حرا لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات بمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام في بيته قال وان استاجر اجراء يتقلدونها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلم الفاني غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذا لم يعلم فتعلق به لا بهم كانوا مجرورين فصار كما اذا امر الحر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هذا قد يضمن الامور ويرجع على الامر لان الدابة مباشرة الامر مسبب والترجيح بالمباشرة فيضمن من يرجع للغرور وضمان يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد فترجح جانبه

الشارح ايضا فتبصر **قوله** وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكراه فقوله او اجبره كالعطف التفسيري انتهى اقول ليس هذا بسديد لان كون مجرد الامر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد امر الامام ليس باكراه فجاز ان يكون قوله في الجامع الصغير او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك مبينا على ذلك ولئن سلم ان كونه اكراها قول مختار فالظاهر ان الامر ههنا كناية عن الاذن لا يستلزم الامر الاذن وعطف الجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك ان مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به في عامة المعتبرات فيكون قوله او اجبره عليه مسئلة اخرى لا محالة واما كون قوله او اجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لا وجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة او ومعناه ايضا لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقي لنا شيء في قول محمد رح او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك وهو انه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا امره السلطان لما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا اجبره عليه فما فائدة ذكر قوله او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك نعم لو قال فان اجبره السلطان على ذلك او امره به لكان له حسن لكون الثاني من قبيل الترقي تامل تفهم **قوله** وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره قال عامة الشراح اراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من اول الكتاب الى هنا من اخراج الكنيف او الميزاب او الحرص الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البير وزاد صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا اراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع اقول وما ذكره من اول الباب الى هنا صاب الماء في الطريق وكذا رش الماء او التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر احد من الشراح ايضا شيئا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده وان عموا ان الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح والظلة فوقع وقتل انسانا الى آخره ويمكن ان يعتذر عن الثاني بان الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد جعل الشراح مسئلة استيجار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا واراد وابناء الظلة الذي عده من غير ما عده في الكتاب بناء وها في طريق العامة او انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استاجر الغير لفعله فلم يقدروا ما استاجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا واراد وابناء الظلة الذي عده من غير ما ذكر في الكتاب بناوه بنفسه لكن الظاهر ان الجواب على التفصيل المذكور وهو انه لو فعله بامر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير امره ضمن متمشي فيما فعل في فناء الدار ايضا وفيما فعل باستيجار الغير لفعله ايضا فلا فائدة في التخصيص بل لا فائدة له تفكر **قوله** وكذا اذا احفر في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية وغيرها اقول يرد عليه انه ينافي ما ذكر في ما مر من المسئلة المقررة الجميع عليها وهو قوله واذا استاجر اجيرا ليبني له في فنائه حائطا فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتامل **قوله** وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا او كان له حق الحفر فيه قال جمهور الشراح في تفسير قوله او كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر لاحد او اذن له الامام في ذلك اقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل اما في الاول فلان قول المصنف ره اما اذا كان لجماعة من المسلمين او مشتركا الى آخره يابا عن عدم الضرر لاحد قد تحقق في صورة كونه لجماعة من المسلمين او مشتركا ايضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه واما في الثاني فلانه اذا اذن له الامام يجوز

وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم ان قال لهم خذ افنائي وليس له فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم عللوا بفساد الامر فما غر بهم وفي الاستحسان الضمان على الآمر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعثر رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل قنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعثر رجل المرور عليها لان الاول تعد هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى لان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن لكن اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رفاء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن

له التصرف في طريق العامة ايضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر لنا ولا شك ان مراد المصنف ره بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذا اذا حفر في فنا داره هو ان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام ايضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا اذن له فحفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل في مسئلة الحفر في فنا داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام ايضا على التنبيه باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له ان يحفر في فنا داره اذا كان الفنا مملوكا له او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي اما اذا كان الفنا لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى اقول قد زاد ذلك الشارح نعمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله او كان له حق الحفر فيه بان قال او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في ان يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه ان التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم اقول الصواب عندي ان معنى قوله او كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه او كان مما استاجره للانتفاع فيه او نحو ذلك فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بالاغيار كما ترى **قوله** وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف ره تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى اقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح في عبارته على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك انه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المامور به ولا ظاهرا لعدم الغرر حيث علموا فظهر ان ما ذكره المصنف ره تعليل مفيد واسع ليس بمثابة ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بان ذاك هو المناسب **قوله** وكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا معنى قوله لان كونه فنا له بمنزلة كونه ملكا له لانطلاق يده في التصرف فيه الى آخره قال في العناية اخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى اقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا واما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفي مطلقا الا ان معناه ان مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به واما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسي واستحسنه الرضي وفي ما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف ره في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فاغيرهم اذ العلم بفساد الامر لا يصور عند اشتراك دلالة ذلك واما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر ان المراد به ليس لي ذلك من القديم الى الحال لا ان ليس لي ذلك في القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم اقول الحق عندي في الجواب ان يقال يحتمل ان يكون المراد

وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا يخرج في التقييد بوصف السلامة والا لابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلنا مباحا مطلقا وعن محمد رح انه اذا البس ملاكا يلبس فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه **قال** واذا كان المسجد لعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه لواري او حصا فعطب رجل لم يضمن ان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد مأذون في القرب فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد لابي حنيفة رح وهو الفرق ان الذي يدير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم لنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وتقصد القربة لا تنافي العزامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالتشمير عادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستيذان من اهله **قال** وان حفر فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح

بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على ان يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز ان يكون فناؤه حق عامة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من اطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل احد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي ايضا قول المصنف رح في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين اما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر اصلا اي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر واما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة او في الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولانه لو فعله بنفسه فتلف به انسان او بهيمة يجب عليه الضمان **قوله** وهذا اللفظ يشمل الوجهين قال جمهور الشراح اشار المصنف رح بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن واراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق اقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف رح وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين احدهما انه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما انه لو كان مراد المصنف رح ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان ردا قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لا وجه لتاخير بيان ما في المسئلة الاولى من ذكر المسئلة الثانية بلا امر دعا اليه وقال صاحب العناية بعد ان شرح المقام على ما ذهبوا اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف رح نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى اقول ان قوله ولعل المصنف رح نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وانا العجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف رح ذلك المتفطن التحرير على ما يأباه من له ادنى دربة باساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف رح وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي ايضا فانه مضمون من المحذورات المذكورة كلها اورده صاحب العناية بعد ان نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرد فاسد لان موت الانسان بسقوط الرد عليه غير متصور انتهى اقول رده مردود اذ لا يخفى انه يتصور ان يسقط الرد على فم الصغير بل على فم الكبير ايضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة ايضا فيتحقق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال ولك ان تقول المراد قوله فسقط فعطب به انسان يعني ان هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرد مطلق اللباس مجازا لا خصوصه الا يرى الى دليله الى هنا لفظه اقول كل من مقدمات كلامه كاسد اما قوله يعني ان هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون ان يكون له تاثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له ادنى تمييز فضلا عن المصنف رح الذي هو علم في التحقيق واما قوله ولو سلم فالمراد بالرد مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه واما قوله الا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة الا يرى ان كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع

وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه ما او قعد فيه بحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة اولان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة ولان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للعمل مباحا مطلقا والجلوس ما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا خلاف ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه الصلوة فقتل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل احد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

مع كون التنبيه خاصة **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين اي فيما اذا فعل ذلك احد من العشيرة وفيما اذا فعله احد من غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام او العشيرة او عدم اذنهما وتبعه الشارح العيني اقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذانك الشارحان لا يطابق الشروح كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه ما او قعد فيه بحديث فهو على هذا الاختلاف قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه ما او قعد فيه بحديث قال المصنف ره فهو على الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق اقول في تقريره فان الاختلاف بين اصحابنا واختيار ابي بكر الرازي قول بعضهم وابي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او قعد للتدريس وتعليم الفقه او الاحتكاف او قعد يذكر الله ويسبحه او ليقرأ القرآن فعثر به انسان فمات واما فيما اذا قعد لحديث او نام فيه او قام فيه لغير الصلوة او مر فيه ما فعثر به انسان فمات ففيه اختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه بلا خلاف من احد اصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب ان ما ذكره المصنف ره هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب الكافي على الاطلاق وهو اختيار بعض اصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف ره بيان لذلك انتهى اقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة اما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلوة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة والمرور فيه ما راوا اما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف ره شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف هذا بيانا لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الخلاف يفيد اتفاق المشائخ على ذلك ليس كذلك بل هو على الاختلاف كما مر آنفا اقول لا نسلم انه يفيد اتفاق المشائخ على ذلك لجواز ان يكون مختار المصنف ره ايضا ما اختاره ابو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بغريب في كلمات المشائخ ثم قال وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاحتكاف انتهى اقول لعل سر ان المصنف ره لم يقل هكذا هو ان ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة ايضا ولم يقل احد بانه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف ره مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلاف كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم ان يدرج في اختلاف المشائخ محل الوفاق ايضا فقال فهو على هذا الاختلاف بالسبات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الماء اختاره ابو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تامل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن **قوله** لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الى آخره اقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما من بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور والقعود فيه بحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلوة ولا من الانتظار للصلوة فلا يتم التقريب

فصل

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها او ذنبها او حافرها وكذا اذا صدمت

فصل في الحائط المائل لما ذكر احكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة او تسبيبا شرع في بيان احكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل ولو كان من حقها ان يذكر مسائل جميع الحيوانات تقديرا للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لما ناسب الجرح من الرؤس والجراح والكسر وغيرها الحق مسائله بها ولهذا اتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها **قوله** الاصل ان الضمان التقديم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء وان لا يتمكن منه لا يضمن التقديم اليه اقول لقائل ان يقول ان نقض هذا الاصل ما سياتي في الكتاب من ان يضمن التقدم على احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين احدهما انه يجوز ان يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سياتي في الكتاب جواب الاستحسان وجهه ما ذكر هناك واما الجواب القياس فيه فهو ان لا يضمن احد من الورثة شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض واما غيره من الورثة فلعدم التقديم اليه وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح ايضا فيما سيجيء وثانيهما انه يجوز ان يكون المراد ههنا عن تمكن من نقض الحائط من تمكن منه وحده او مع مشاركة غيره وعن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه اصلا واحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا انه تمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض **قوله** والضمان في مال اليتيم اقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تلف بالحائط المائل ان كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب لكون الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق **قوله** لهما ان التالف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر وكانا نصفين فالقسم نصفين كما لو حفر في حفر الاسد ونهس الحية وجرح الرجل اقول كان مدعاهما عاما للفصلين اي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلثة كما افصح عنه المصنف ره بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص الفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف ره من قبلهما وفي مسئلة البير بلغت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فالقسم نصفين انتهى والجواب من جانب المصنف ره هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا انه يعم الفصل الثاني ايضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة فاكتفى بذلك ولولا مدار الكلام هنا على الاكتفا بانفهام تمام المرام لكان ما اراده صاحب الكافي ايضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسئلة حفر البير وحدها بل هو مسئلة حفر البير وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البير دون بناء الحائط كما ترى

باب جناية البهيمة والجناية عليها لما فرغ من بيان احكام جناية الانسان شرع في بيان احكام جناية البهيمة ولا شك في تقديم الانسان على البهيمة مرتبة فكذا ذكر الكافي النهاية ومعراج الدراية اقول يرد عليه انه لم يفرغ من بيان احكام جناية الانسان مطلقا بل بقي منها احكام جناية

ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها هذا اصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه تصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه
فكونه مشتركا بين الناس فيما يباح مقيد بالسلامة لانه لا يتعذر الجانبين فاذا قيد بشرط السلامة فما يكون الاحتراز عنه ولا يقدر عليه فالاثر الذي يحدثه
لما فيه من الضرر عن الناس وسقط بالهدر وما يمكن الاحتراز عنه لا يسقط فان زال لم يضمن ثم زالت السير فقيد بشرط السلامة عنه والشرط بالاحتراز
وان تعذر الاحتراز عنه فيه السير على الدابة فلم يضمنه به فان اوقفها في طريق مضيق بقاء لانه يمكنه التحرز عن الاتلاف وان لم يمكنه من الضرر فيما
مضى تاتي الاتلاف وشغل الطريق به فضمنه **قال** وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او ثمارا او حجرا صغيرا فقتلت انسانا لم يضمن لو اصابه
بيدها ان كان حجرا كبيرا يضمن لانه الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه، وسير الدابة لا يجري عنه عادة في الثاني يمكن لانه ينفك عن السير عادة اذا ذهب
الراكب الوجه فيما ذكرنا كما ذكرنا ان الدابة لا تخلو **قال** فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فصطبح انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه
الاحتراز عنه ولكن اذا اوقفها ثم راثت او بالت لا يضمن الدواب بما لا يفعل ذلك الا بالايقاف فان اوقفها ليروثها فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا
لايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او برجلها والقائد
ضامن لما اصابت بيدها دون برجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ
ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه

المملوك ولا شك ان المملوك من الانسان ايضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي ان يقدم عليها ذكرا ايضا فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا
في افادة حق المقام وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة الانسان في المملوك ولكن لما كانت البهيمة
ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحجر ونحو ذلك انتهى اقول يرد عليه ايضا انه
لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها ان تذكر في فصل
كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر **قوله** ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها قال الشراح قاطبة يقال نفحت الدابة شيئا اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهاية
بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب وافتى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية اقول كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحته الدابة
ضربته بحد حافرها واما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم اقول
بقي اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح ههنا ان لا يكون النفحة الا بالرجل فيلزم ان لا يصح قوله
او ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لانه يقتضي ان يكون النفحة بالذنب ايضا بل يلزم ايضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل
كان داخلا في مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التاكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التاكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة في
موضع واحد متعذر لتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التاويل الصحيح ان يحمل النفحة المذكورة في عبارة الكتاب على مطلق الضرب لطريق عموم المجاز
فيشمل ذكر الرجل والذنب كلاهما بلا اشكال تامل **قوله** والسائق ضامن لما اصابت بيدها او برجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها
هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية في شرحه اي من قوله لما اصابت بيدها او برجلها وقال انما فسر بهذا لانه
كان يجوز ان يراد بقوله لما اصابت بيدها او برجلها الوطي وقد ذكرت انه لا يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف احد وانما الاختلاف في النفحة ولو لم يفسر هذا
لكان الاولى ان يحمل ذلك بالوطي ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك انتهى وافتى اثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية اقول فيه
خلل اما اولا فلان الظاهر من قوله اي من قوله لما اصابت بيدها او برجلها ان يكون المراد بالاصابة بيدها وبالاصابة برجلها كلتيهما هو النفحة وليس كذلك
اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها ايضا بطريق التجوز فلا يجدي هنا اذ لا فرق بين الوطي باليد
والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف احد فلا شيء لان يكون المراد احدهما دون الآخر واما ثانيا فلان
القدوري لم يذكر الخلاف في مسئلة السائق اصلا حتى يلزم من توهم ان يكون المراد بقوله لما اصابت بيدها او برجلها هو الوطي اثبات الاختلاف في الوطي وانما
الذي يبين الاختلاف في هاتيك المسئلة ههنا هو المصنف ره وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لا منشا هذا التفسير كما يوهمه كلامهم ثم اقول الحق ان معنى
قول المصنف والمراد النفحة هو ان مراد القدوري بقوله او برجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفحة وانه فسر بذلك ليتم قوله في مسئلة
القائد دون رجلها اذ لو كان مراده الوطي لم يتم ذلك وان وطي الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد ايضا بلا خلاف احد **قوله** ووجهه ان النفحة بمرأى عين
السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه اقول لقائل ان يقول ان يد الدابة ايضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يدل الا بالنظر

والالتفات الى القدام فيغيب في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما اصابه بيده ايضا فينبغي ان لا تضمن ايضا فليتامل في الوجه قوله قال لكن المشهور

ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على جلبها يمينها به فلا يمكنه التحرز عنه اقول ولقائل ان يقول ليس على يده ايضا ما يمنعه كما كان في فمها

من اللجام فلا يمكنه التحرز عما اصابت بيده ايضا فينبغي ان لا يضمن ايضا فليتامل في الجواب قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر

قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان اعكس في اصطدام الماشيين وسوتهما بذلك كذلك

ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين انتهى وقال في العناية اخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان

موت المصطدمين غالبا في الفارسين فخصهما بالذكر وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسان اتفاقي او بحسب الغالب

انتهى وتبعه الشارح العيني اقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين ظاهرا فان الباب الذي نحن فيه باب الجناية

والجناية عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجا عن مسائل هذا الباب قوله وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما

الدية فقد اخذت روايته فرجحنا بما ذكرنا قال في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكره من المرجح

والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس لا يصلح حجة واما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر بمشية فيكون فاسدا

وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة انتهى اقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم

يكن ذلك النص متروك العمل به واما اذا كان متروك العمل به بان عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعا الا ترى

الى ما تقرر في اصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب والسنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان امكن ذلك ولو كان

القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذاك

في مقابلة السنة لا محالة والصواب في الجواب عن الثاني ان يقال مراد المصنف ره بقوله فرجحنا بما ذكرنا انا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ماله

القياس بعد ان تعارضت روايتان لا انا رجحنا احدى الروايتين بما ذكرنا من الدليل العقلي حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقي هنا شيء وهو انهم

صرحوا بان ما ذكره زفر والشافعي ره جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه وتساقطا فكان مصيرنا في اثبات قولنا

الى ما ذكرنا من المعقول الذي ماله القياس لزم ان يكون ما قلناه جواب القياس ايضا فما معنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر في النص

الارسال للاصطياد فيه لا يتسبب الارسال المتعدي **قال** ولو ارسل بجيه فافسدت زرعا على قوم فعن المرسل ان لم يكن عينا او شاة وله عرق اخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت ليلا او نهارا الا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رح هي للنفقة لان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها لان المتعدي منها هو التحريك فلا يتقيد الا النقصان في ثمن بقرة اخرى او جزورة ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة ولكن اقضى عمر رضي الله عنه لان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي فقد تمسك الاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين لشبه الآدمي ايجاب الربع بالشبه الآخر في النصف ولانا انما يمكن اقامة العمل بهما باربعة اعين عينا هما وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع لا احدها **قال** ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فضربته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

بل قد يكون بالنص كما في السلم والاجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحياض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا وانا قلنا جواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا اشكال **قوله** اما الارسال للاصطياد فمباح قال بعض الفضلاء نعم الا انه لم يكون مفيدا بشرط السلامة انتهى اقول جوابه غير مقبول اصلا ولا بسبب الا يوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه فعل الطريق الذي هو حق العامة واما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان في امثال ذلك انما يتصور بالتسبب فلا ضمان اصلا وقد اوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق وبين ارسال الكلب او البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم تتبع مع الدابة ولكنه الاتباع تعد من صاحبها فما تولد منه يكون مضمونا عليه فاما ارسال الكلب والبازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا انتهى تبصر **قوله** ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته وهي السوق والقود والركوب كذا في خاتمة الشروح قال في النهاية بعد ما حملها على العمل المزبور كان من حق اللفظ ان يقول من الارسال واخواته او يقول من الارسال واخواتها تاويل الكلمة اذ السوق او القود لما كان اختلالا اخا للارسال كان الارسال اختا ايضا والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشيء لانه ليس ههنا مونث معنوي حتى يلزم التفصيل حتى يناقش على ذلك انتهى اقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق اللفظ ان يؤتى باداة التانيث البتة حتى يقال ليس ههنا مونث معنوي يقتضي الاتيان باداة التانيث بل قال كان حقه ان يجعل اسباب التعدي في فرق واحد من التذكير والتانيث بان يقال من الارسال وامثاله او يقال من الارسال واخواتها والا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مونثا من غير مرجح اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لامحاله ثم اقول الوجه في دفع ذلك ان يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الاسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تانيث كل واحد منها بتاويل لفظ بالكلمة او تاويل معناه بالفعل صح في كل واحد منهما الوجهان ثم ان المصنف رح لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة على ما عرف ذكر بعض تلك الاسباب انث بعضها فقال من الارسال واخواته تدبر تقف **قوله** ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة قال في العناية فان قيل يجوز ان يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير الماكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في ماكول اللحم فيلحق به انتهى اقول في الجواب نظر اذ لا نم ان يمنع ان المعنى الذي اوجب ذلك في غير ماكول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون ان لا يقصد منه اللحم اصلا كما يقصد ذلك من الشاة داخلا في ذلك المعنى ايضا وهو غير موجود في ماكول اللحم اذ قصد منه اللحم كما يقصد تلك الامور المذكورة ايضا فلا يتم الالحاق كما لا يخفى **قوله** ولان فيها مقاصد سوى اللحم الى آخره اقول فيه كلام اما اولا فلان هذا الدليل لا يتمشى في غير ماكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو محكم العكاسه يقتضي ان يكون الجواب في غير ماكول اللحم غير الجواب في ماكول اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلا منهما داخل في المدعى هنا واما ثانيا فلان قوله لشبه الآدمي في ايجاب الربع يعني عملنا بشبه الآدمي في ايجاب الربع ليس بواضح لان شبه الآدمي لا يقتضي ايجاب الربع بل يقتضي ايجاب النصف لان الواجب في الآدمي في الجناية المزبورة هو النصف وانما يقتضي ايجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضي لايجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج الى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الاداء ان يقال فعملنا

ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب فعله غير متعد فيترجح جانبه التعدي للتعدي حتى لو كان انقاذا بنفسه على الطريق يكون الضمان على الراكب الناخس ضمن لانه متعد في الايقاف ايضا **قال** وان نخسها الناخس كان ذلك بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة **قال** ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف ملكه الذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر **قال** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما اذ الاذن تناول فعله السوق ولا تناول له من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب ان كان علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لجزء العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطئ وهذا لا يترجح جانب العلة بكون جزء السبب اقوى في ترجيحه على قارعة الطريق وما تلف به عليهما لما ان النخس شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينقص عنه وصار كما اذا امر صبيا بتسييرها فوطئت انسانا وماتت تحت ضمن عاقلة الصبي فافهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير لا الايطاء فينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما ضمن اذا كان الايطاء في فورها حتى يكون السوق مضافا اليه اذ لو لم يكن في فورها ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها شيئا فعلى الناخس كذا اذا كان ساقها ساق فنخسها غيره لانه مضاف اليه الناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مرتكبان بافعالهما ولو نخسها شيء صوب في الطريق فنفرت الى انسان فقتلته فالضمان على من نخسها لانه متعد بفعله فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي المصنف رده الواجب في عين الآدمي فوجب الربع عملا بهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فاشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما انتهى نعم مراد المصنف ايضا هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى **قوله** ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده اقول يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل تخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين **قوله** ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد في فعله فترجح جانبه في التغريم للتعدي قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلف بالوطئ لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين فترجح الناخس في التغريم للتعدي انتهى كلامه اقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ هذا الدليل ان يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم ان يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره ان لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان اللهم الا ان يحمل احدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتامل **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر اقول لقائل ان يقول هب ان النخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فامر الناخس به لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجيء به التصريح في المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغي ان يترجح جانب الناخس لا ينتقل الى الآمر فيجب على الناخس الضمان لتعديه في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تشكيك فيه العبارات **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما اقول لقائل ان يقول الراكب مباشر فيما اتلف بالوطئ لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرح به والناخس سبب كما مر في الكتاب اذا اجتمع المباشر والسبب فالاضافة الى المباشر اولى كما صرحوا به سيما في مسئلة الراكب والسائق فما بالهم جزموا ههنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر **قوله** والاذن تناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه قال في النهاية يقتصر الضمان على الناخس اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا ان يكون الناخس متعديا بكونه سببا بجناية الدابة ولا يلزم من ان لا يوجد هناك سبب آخر او مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا اقل من ان يكون ايضا سببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب ان مراد المصنف ره بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه اي فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس اي لا ينتقل الى الآمر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الافهام **قوله** والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته قال في العناية قوله والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدي انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطئ في فورها

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي لا جناية في رقبته يباع فيها الا ان يختار المولى الارش وزفر الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على التلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال

فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه او يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب انتهى اقول بحثه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شيء من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لانه يتصور حتى يجب عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب اما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفحة او وطء فقد ذكر حكمهما في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المامور كفعل الآمر عبدا كان المامور او حرا وان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه بمنزلة السابق مع الراكب الا ان المولى يرجع على الآمر باقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع به على المستعمل انتهى تامل

باب جناية المملوك والجناية عليه لما فرغ من بيان احكام جناية المالك هو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد وآخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح اقول فيه شيء وهو ان لقائل ان يقول ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان حكم جناية العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك التبس من جانب آخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف آخر باب جناية عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك انتهى اقول فيه ايضا شيء اذ لقائل ان يقول ان اراد ان جناية البهيمة كانت التبس باعتبار الراكب والسائق او القائد فهو ممنوع فان جنايتها بطريق النفحة برجلها او ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا فقتلت عين انسان او افسدت ثوبه وكذا اذا انفلتت فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا كما عرف كل ذلك ايضا في بابها وان اراد ان جنايتها قد يكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن ان يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على احد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من احكام الجناية في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا والبناء الكلام هنا على ما له حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقريب قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رض كما هو مذهبنا وعن عمر وعلي رض كما هو مذهبهما انتهى قالا عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم اثمانهم وقال في غاية البيان روى اصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن عباس رض انه قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وعن عمر رض انه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم وعن علي رض مثله وقال في معراج الدراية روي عن علي رض انه قال عبيد الناس اموالهم جزاء جناياتهم في رقاب الناس كمذهبنا وكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروي عن عمر رض مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس اموالهم جزاء جناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقال في العناية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وكذا روي عن علي رض ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر رض مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم جزاء جناياتهم

[illegible]

في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد انتهى اقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رض فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى ثم اقول قد خالف الكل ههنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي رض وعبد الله بن عباس رض مثل مذهبنا بحضرة من الصحابة رض ولم ينقل الانكار عليهما من احد منهم فيكون اجماعا منهم انتهى ولا يخفى انه يخالف قول العامة والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم

قوله ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطاء ان تبنى عن الجاني الى آخره قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم في المسألة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرناه وهو بناء على اصل ونحن على اصل فمن اين تقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال الشافعي رح جعل وجوب موجب جناية في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينها بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف رح ذلك بقوله بخلاف الذمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم على الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا يعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فثبت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل الا بطالة ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى هنا كلامه اقول جوابه ليس بتام اما اولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعي رح ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ان يبقى مذهبه بلا اصل بل مدار دليله على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كلمة تقرير المصنف رح فلا يلزم من بيان الفرق بين مسألتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء اصله بلا اصل كما لا يخفى واما ثانيا فلان للشافعي رح ان يقول كما ان اصلكم مستند الى النص وهو ما روي عن ابن عباس رض وغيره كذلك اصلي مستند الى النص وهو ما روي عن عمر رض ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفرق ثم اقول الحق في الجواب عن البحث المذكور ان يقال الكلام في تعليل هذه المسألة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي رح هي اهل العشيرة وقلنا هي اهل النصرة وقد ذكر ذلك في اوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي رح هناك فاكتفينا ههنا بجعل ذلك المختلف اصلا لهذا المختلف كما ترى **قوله** او لا عاقلة لان العبد يستنصر به قال بعض الفضلاء ليس يخالف هذا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا انتهى وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على قول ابي حنيفة رح اذا العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه انتهى وذكره ايضا بعض العلماء في حاشية على شرح صدر الشريعة للوقاية اخذا من التسهيل كما هو حاله في اكثر ايراداته في تلك الحاشية اقول في الجواب عما ذكره كلهم ههنا ان لفظة العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكما صرح اهل اللغة ايضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يتعقلون اي يؤدون العقل وهو الدية كما يجيء في الكتاب في اول المعاقل وقال في المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية عن عشيرة الرجل او اهل ديوانه اي الذين يرتزقون عن ديوان على حدة انتهى وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون الدية من قتله خطأ وقال اهل العراق هم اصحاب الدواوين انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة فاذا تقرر هذا تبين ان المراد بما في الحديث ان العبد العاقل الذي هي الجماعة لا يعقل عبدا كما يعقل الحر اما ان مذهب ابي حنيفة هو ان العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة اي الجماعة بل يغرم مولاه جناية فقول المصنف رح وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا تتحمل عن العاقلة تحملهم فكذا لا تتحمل جناية العبد عاقلة مولاه انتهى فلا يخالف ما ذكروا ههنا حديث لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب ائمتنا من ان العبد

وكما الفداء فلو لم يجعل بدلا عن الجاني لم يتقرر بالتلف ولهذا لو قتل مقامه يأخذ حكمه فلذا وجب له العبد لو عجز عن الفداء وقد جاء الجناية ثم قال وما الفداء فهو حق متعلق به فلا حق بينه وبين ترجمة سقط وأما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا الزم حقه سلم العبد له فان الوجه مثلا رقت بعبد لها يعني فجنى عليه فقرت على حقه على ما بينا الا وان مات بعد ما اختار الفداء تعين صير الحول الحق من رقبة العبد الى قيمة المولى قال فلو جنى حر كان حكم الجناية كما في الجناية الاولى معناه بعد الفداء لانه لما خيره بالجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية قال ولو جنى جنايتين قبل الدفع فهما في الجنايتين قسمة على ان حقهما واما ان فديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالمرتهن المتاع حقه الا ترى ان مالك المولى لا يمنع تعلق الجناية بالجنى عليه الاولى ان لا يمنع ومعنى قوله على ان حقهما جناية جناية واحدة يقسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم ان كان بجميع ارشهم لما ذكرنا وان كان بقدر ارش جناية واحدة يقسمون العبد المدفوع على قدر ارش جنايتهما لانه لو جعلوه يقسمون العبد المدفوع على قدر ارش الجنايتين يقسمون على الانصاف من ارش الجنايتين على هذا حكم ضمنت ولتقوان يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة بالنسبة الى اسبابها وهي الجنايات المختلفة فتجلو مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن ان يفدى من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في رجعها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في قيمته مختار الفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق ضيعه من الدفع فلا يقدر على الاختيار فيه للآخر وعلى هذين الوجهين التدبير والاستيلاد لان كل ذلك مانع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب يتناول النفس وما دونها وكذا الدفع للمشتري زاد فيه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه بخلاف العرض على البيع لان الملك يزال وكوابعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو محقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لانه دفع الماسور مضاف اليه ولو فداه منه نفسه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه جنى جزءه عنده كذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن مخلقا ما فيه بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر الرواية لانه لا يتفق من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر

اذا جنى على الحر لا يقتله الا قاتله فتصير قوله واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان متقررا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه واوجب حالا كالمبدل قال في العناية كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق بحق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل غير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس او العضو اشبه الدية والارش وهما يثبتان موجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فيرجح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به انتهى اقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت امرا لازما او راجحا يرتفع السؤال عن اصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركة جدا وان لم يكن امرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع اصل حال وقال في العناية ويجوز ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح الحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر لطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف المال وفيما نحن فيه ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به انتهى اقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم ان يكون المراد في الجواب بقوله الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية هو ان الاصل ان لا يفارقه في الحكم الا بامور ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية اذ الظاهر ان معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكمها ابدا ان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب تأمل وتفهم قوله واما الفداء فلانه لا حق له الا بالارش اقول فيه اشكال سيما في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب الا انه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فاذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع على ما هو الواجب الاصلي في جناية العبد فان لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الارش بقوله لا حق له الا بالارش وهلا يكون هذا مناقضا لما ذكره قبيله بقوله اما الدفع فلان حقه متعلق به قوله واطلاق الجواب في الكتاب يتناول النفس وما دونها يريد بقوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وقيل يريد به قوله في اول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس وما دونها كذا في العناية اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا سداد لما ذكر ثانيا لان تأخير التعرض لاطلاق ما في اول الباب الى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في

[illegible] قال واذا اجنى

[illegible] قال واذا كان العبد لرجل فجرح رجلا عمدا وجرح رجلا خطأ [illegible] قال واذا اشترى العبد [illegible] قال واذا اعتق [illegible]

نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف ره واطلاق الجواب لان الاطلاق هناك في المسكة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة اقول في التعليل شيء وهو انه ان اراد ان الاذن في التجارة وان ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضى ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان اراد انه لا يفوت الدفع برضاء ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ ان ينقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فقتله فلي يصير مختارا للفداء هناك اذا كان عالما بالجناية كما مر انفا مع انه يجري ان يقال هناك ايضا ان الضرب ان نقصه لا يفوت الدفع برضى ولي الجناية فانه اذا رضي ان ياخذه ناقصا والا ضمان على الولي جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بان قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففي صورة ما اذا ضربه فيقتضي ان لم يفت الدفع برضى ولي الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون في الجناية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف رح الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين تعلق من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند تعلق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن وكان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته انتهى فتامل قوله ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه وسري تبين ان الصلح وقع باطلا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتق وسري تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر لان المصنف ره صرح فيما مر بان الموجب الاصلي هو الدفع في الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ما ذكره واختاره بعض المشايخ من ان الواجب الاصلي هو الارش قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد انتهى ثم اقول الحق عندي ان يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بان عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحته ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه مدبرا ثم قوله والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في نظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا هنا لان الدافع لم يعلم ان القطع ليسرى فيكون موجبه القود بل ظن انه لا يسري وكان موجبه المال وان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع الا يرى انه اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن انها تحل له فانه يورث الشبهة فيدرء الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم ايضا هنا من قوله مع العلم بحرمتها عليه قوله اما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صلح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم يمتنع العقوبة اقول يرد عليه انه ان اريد بقوله

قوله من اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها كذلك ذكر في الجامع والنكتة اعتبار ان عدم سماع الدعوى
وقال محمد لا يسمع لانه بعد ثبوت الحرية سببا لا يسمع دعوى المولى لانه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما لو اقر بالغصب ثم ادعى الرد
حيث اعترف بالاخذ ثم ادعى ما يسقطه ثم قال لا يسمع دعواه بالرد ايضا وكذا هنا انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون اقراره مفيدا ولا يسمع دعواه
الا بحجة وعلى هذا يعني صحيحة ثم قال لا يسمع دعواه الا بحجة ثم قال لا يسمع دعواه الا بحجة وعلى هذا يعني صحيحة ثم قال لا يسمع دعواه الا بحجة
وعند ابي يوسف ثان الحرية اذا اخذ وهو مستامن بخلاف الاولى والفرق لان في الاولى امته المدبرة لا يرغب العتق وكذا اخذه من تجار ان كانت مدبرة لا يرجى الضمان عليه
تحصيل الاسناد الى حالة معدومة منافية للضمان قال وذا العبد المحجور عليه صبيا مع فضل رجل فسلمه بعد عاقلة الصبي الدية ذهبا هو القاتل حقيقة وعمده وخطأه
سواء على ما بينا من قبل وشبه على الاصل وكذا اذا كان الاصل لا يعتبر لا يؤاخذ بالواجب للمولى لانه لا يعتبر لها ولا يرجع لعاقلة الصبي على المولى
ابدا ويرجعون على العبد اذا وجد الاعتاق لان عدم الاعتبار تحت المولى وتوجب ان الضمان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر لا اهلية قال وكذلك
ان اوصى اعتاقه ان يكون لا عبدا او المامور عبدا المحجور عليه بما خاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويحبس ويرجع بعد العتق
باقل من الدية وقيمة العبد ثم يفدي مضطرا في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان في الاحتباس اذا كان كبيرا يجب القصاص وهو يلزم
الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما ولي فقتل احدهما فان اتوا بدفع نصفه الى الحر بين اولياء فيدفع بحصته الى الاول وفي رقم لانه لما عفا احد ورثة كل
واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما وجب المال من الابتداء وهذا لان حقه الرقبة وفي شرب العفاء وقد سقط نصيب العافين وهو النصف وبقي النصف
فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطأ فعفا احد ولي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف الذي لم يعف من ولي العمد وعشرة الاف لولي
الخطأ لانه لما انقلب مالا كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة الاف وحق احد ولي العمد نصفها خمسة الاف ولا تضاربون في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان
دفعه اليهم ثلثا ثلثا او ثلثا وربعا في من ولي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع ارباعا ثلثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد فاقتسموه هذا
بربع الدية لان نصيب ولي الخطأ لا يزاحمه فيه ولي العمد وانتصف ربع الدية بينهما لانه لا يقسم بطريق الوراثة لان الحق يثبت لكل واحد منهما ابتداء لا بطريق الوراثة اشبه التركة المستغرقة
بالديون فيضرب بها كل واحد بالنصف وهذا لان الدية لما انقلبت مالا وجب ان يكون لكل واحد منهما نصفها حصة ولي الخطأ وحصة ولي العمد فيقسم بينهما نصفا حصة ولي الخطأ وحصة ولي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا
يدفع الذي عفا نصف حصته الى الاول ويفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قولهما وانما اراد انه يجب ايضا وذكر في بعض النسخ قولهما وهو الصحيح وذكر الاسبيجابي
اصلا بين ذلك فقال عند ابي حنيفة رح ومحمد رح يجب نصف الدية وعند ابي يوسف رح الجواب كما ذكر في مسئلة المتاركة وذكر في الزيادات اعلم ان مسئلة الزيادات
اذا عفا احدهما انقلب نصيبه كله وعلى النصف الباقي فيفديه بالنصف في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فيكون نصفه في نصيبه سقط حقه لانه ان المولى لا يستوجب عليه
مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال لا دفع نصف نصيبك او افتده بربع الدية وقالا ان ما يجب من المال يكون حق
المقتول لانه بدل دمه لهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب عليه شيئا فلا يخلفه الورثة فيه

الصلح لا يبطل الجناية بل يقرر بان الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يعقب على حالة هو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بان موجب القتل العمد القود
الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجناية وان اريد بذلك ان الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرر ذلك
حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قوله فاذا لم تبطل الجناية لم تمنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم ابطال الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم
امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق راسا بين هذه وبين العفو والصلح او العفو والصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى
قوله من اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها قال صاحب النهاية هذه المسئلة ايضا مبنية على اسناد الاقرار الى حالة منافية
للضمان اقول ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة التي جوابها
كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب ان يكون القول قول المقر
كما في المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على انه ان اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة
بناء على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا ان قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا الاصالة فاسقط بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول ابي حنيفة
وابي يوسف كما صرح به في الكتاب على اصل قول محمد فيها **قوله** وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن قال صاحب النهاية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع
لكنه ذكره بيانا لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي
فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رح انه استند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما
لانه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه اقول فيه نظر من الاوجه
اما اولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلا في مسئلة القطع نفسها الا انه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث
لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظير المانحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم
فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فقالت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الى آخره واما ثانيا فلان
قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا ليس بشرح مطابق للمشروح وانما المطابق له ان يقال لان مال الحربي قد يضمن
اذا اخذه وهو مستامن تدبر **قوله** وان دفعه دفعة اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه
ارباعا الى آخره قال صاحب النهاية واصل هذا مما اتفقوا عليه هو ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت
القسمة بطريق العول والمضاربة لانه لا يضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء

فصل ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف
الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح يجب
قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغ بالاجماع كما ان ضمان بدل المالية ولهذا
يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض بقي العقد وبقاؤه بنقله المالية اصلا او بدلا وصار كقتل قيمته
وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله او جبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية
حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة
المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتل عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية

لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهو ان فضوليا باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا
فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال
ولما ثبت هذا قال ابو يوسف رح ومحمد رح في مسئلتنا هذه ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع
الرقبة فاذا اخذ احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستقرت منازعة ولي الخطاء والساكت
من ولي العمد من هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة رحمه الله ان
اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطاء في عشرة
وحق شريكه الثاني في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة آلاف درهم الف لرجل والفان لآخرين المديون وترك الفا كانت التركة بين
صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري
في العين ابتداء الى هذا اشار الامام قاضيخان والجبوبي في الجامع الصغير الى هذا واقتفى اثره في هذا الشراح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية
اقول فيه نظر لان المصنف رح صرح في اوائل هذا الباب بان الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل
الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة وصرح به ايضا عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة على
ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهذا يقتضي هذا ان يكون الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان
قول المصنف رح في بيان طريقة ابي حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة يتبين عما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كما لا يخفى
على ذي فطرة سليمة

فصل لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء
وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا اقول فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل
قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز ان يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز ان يكون عمر المجني عليه سبعين سنة
او اكثر وعمر الجاني عشرين سنة او اقل وان اريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو ايضا ممنوع فان الفاعلية والمفعولية يوجدان
معا في ان واحد وهو ان تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير
خاف على الفطن العارف بالقواعد **قوله** ولابي حنيفة رح ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية وجه
الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فمن قتل خطاء حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها اقول لقائل
ان يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد ايضا خطاء هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي ان لا يتفاوت ديات العبيد في المقدار
لتساويهم في الآدمية كما لا يتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم اشرف من بعض بوجوه شتى مع ان ديات العبيد تتفاوت
في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتامل **قوله** ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها
باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية لانه لا يستمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصانها في العبد اظهار الانحطاط رتبته وتفويت العشرة بالعبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال فيه نصف قيمته لانه اراد خمسة آلاف لا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فتقدر بكله ويتقدر هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يفوته من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ومات من ذلك فان كان له دية غير المولى فلا قصاص فيه ولا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل القصاص وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للمولى فتحقق الاشتباه وجه يستوفي وفيه الكلام واحتمال الاستيفاء لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين تجدا في العبد للمولى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذ الاول مالك منافعه من الحين ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولهذا يرد في الخلافية وشوما اذا الحر يكون للعبد ورثته سوى المولى لان سبب الولاية قد اختلف لان الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى

الملك بالاختلاف والآدمية اعتلاها لا لاحالة فيجب اعتبارها بابدار الاولى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارها جميعا لان الآدمية اصل التمام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى اقول ليس هذا بوارد فان اهدار احدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبر احدهما واهدار الآخر بان يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون الآخر كما فيما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف آدميته ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية اصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المتقومة واثبات اليد المبطلة فيه كما اشار اليه المصنف ره بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الآدمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلاف لم يتصور ان يترتب عليه حكم شرعي فلا يلزم اهداره تفكر قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا يستمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا اقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع ايضا ان الرأي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع وايضا ان العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف بالايمان والصلوة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم قوله وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها اقول لقائل ان يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن ان يقال اصل المسئلة ما ذكره هنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداية والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى اقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند ابي حنيفة ره ومحمد ره خلافا لابي يوسف ره واشار فيه الى انه يجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجمع الدليلين تينك المسئلتين في البيان في موضع واحد قوله وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما ضرب الامة الحاملة فاعتق المولى الامة ثم القيه حيا فمات الولد بان المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية انتهى اقول ليس هذا الشيء اذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بانا اعتبرنا حالتي الضرب والتلف معا فاوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلا في اواخر فصل الجنين فكان ذلك لبعض حفظ بعض ما صرحوا به هناك ونسي بعضه فزعم ان المعتبر هناك حالة الضرب فقط قوله وفيه الكلام قال صاحب النهاية اي الكلام فيما اذا كان العبد ورثه سوى المولى وقال وصل شيخي بخطه الضمير في وفيه الى وتعذر الاستيفاء ولكن مال ذلك الى ما قلنا انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفى والكلام في اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره انتهى وقال صاحب العناية قوله وفيه الكلام اي كلام في تحقق اشتباه من له حق القصاص يعني ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء انتهى واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف ره هنا واختاره صاحب العناية ليس بشيء عندي لان المصنف ره بعد ان

فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص وله انه لا يثبت بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقتضى له معلوم والحكم مفيد فوجب القول بالاستيفاء تحقيقا لمعنى الفصل الاول لان المقتضى له محمول ولا معتبر بالمعنى السببي هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين بقاء ملك النكاح حكما ولا اعتداد لا يقطع السراية لذاته بل لاستبلاء من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فحل الاستيفاء اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتباره يكون الحق له فالولي هو الذي يستوفيه لذا لا وارث له سواه فلا استيفاء من له الحق واذا امتنع القصاص في الفصل الثاني عند محمد رحمه الله يجب الارش لانه حصل على ملكه وعلى الفصل وعند هما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثاني **قال** ومن قال لعبد به احد كما حر ثم اشتريا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى دون العتق غير نازل في المعين والشجة تصلاح العين فيما عليك في من الشجة وان قتلها رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه فاعتبر

قال فيما قيل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول مريدا به ما اذا كان لورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا الى ان يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا الغواص الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة واما ما ذهب اليه الشيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية ايضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هذا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا وتعليق الكلام بقرينة المتصل به من حيث اللفظ كما ترى **قوله** فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه اي في الذي لا يثبت بالشبهات وقالوا انه تحترز بهذا عمن قال لآخر على الف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيه البذل والاباحة فلا يبالي باختلاف السبب انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات الا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص ويقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت او غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى ان يفسر بما يحتاط فيه بالدماء والفروج فان استشهد بعده محل الوطي وهو مما يثبت بالشبهات انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلان المص ما استشهد بعده بمحل الوطي وانما استشهد بعدم حله كما يرى واما ثانيا فلان حل الوطي ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطي بشبهة الملك او بشبهة المحل لكن لا يحل الوطي بشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بان يكون الاصل بعدم حل الوطي يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية اقول نسخ العناية التي رأينا بالاتفاق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرفع الاشكال عن كلام صاحب العناية ههنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم ان يحترز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعده محل الوطي وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم ان يرد عليه مثل النظر الذي اورده على سائر الشبهات بان قيام الاموال ايضا لا يثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم ان يكون ما عده اولى مشتركا الالزام تامل تفهم **قوله** ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله وذلك لان الاعتاق لا يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص والقيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية كذا في العناية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين انه جناية قتل لا قطع انتهى اقول فيه بحث وهو انه اراد بقوله فلا يجب ارش اليد للمولى انه ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى انه ينبغي ان يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارش اليد دون ان يقول ارش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور اصلا اذ يجب ارش اليد للمولى عند محمد رحمه الله في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بانه ينبغي على مقتضاه ان يجب ارش اليد للمولى وان اراد به ان ينبغي ان يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهي ان جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجري فيه ايضا مع انه يجب فيها ارش اليد عند محمد رحمه الله كما تحققته فتدبر **قوله** وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت

وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا واحدهما حر متيقن فتجب قيمة عبد دية حر ولا
ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة العبد لان لا متيقن لقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك وكان القياس ان لا تجب شيء لان الحق في المحل لا يثبت الا بعد ثبوت العتق في المحل لانه لا يفيد فائدة
واما صحة ايقاعه فمرة صحة التصرف واثباته ولاية النقل من المحل الى المحل فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن قطع يد عبد
الموسى قطع عبده واخذ قيمته وانشاء مسلمة لا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا انشاء امسك العبد واخذ ما نقصه وانشاء دفع العبد واخذ قيمته وقال
الشافعي رح يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احد يديه او فقأ احد عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في
الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك وفي قطع احد اليدين وفقأ احدى العينين لا يوجد تفويت جنس المنفعة وكما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما
في ساق العبد الا ان يحرق ثوب غيره خرقا فاحشا فشاء المالك دفع الثوب اليه وقيمته وانشاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله

لحريته فجاز الاشتباه اقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان
من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المص في صورة العمد وعلى اعتبار ان يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذ
لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقيق الاشتباه المقتضي لقطع الاعناق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء
والمال غير مفيد في دفع ذلك نتيجة الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في يا يتك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد بقي على اصل الحرية في
حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على اصل ابي حنيفة رح من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير ان ينتقل اليه بطريق
الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من اهل الملك
في الاموال كما اذا اجيب شبكة ليتصيد بها صيد يعد موته على ما تقرر كله في اول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة
العمد ايضا على اصل ابي حنيفة رح فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطاء والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على اصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتامل في
الدفع قوله وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما اقول قائل ان يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة ان يقال فاعتبر انشاء في حق من وقع
العتق عليه وهو احدهما المتعين بالبيان فتامل في التوجيه قوله ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق
الذات قصرا عليه قال جمهور الشراح في حل هذا الكلام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق
الذات قصرا عليه اي لان اعتبار المالية في حق الذات متقصر ساقط بالاجماع يعني لم تقصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا هذا بديهة ما قالوا اقول فعلى
هذا المعنى يكون كلام المصنف رح هنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح حيث قال ولان في بيع
في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فتجب اعتبارها بابدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما انتهى فان مدلول ما قاله هناك
ان المالية التي هي ادنى من المالية مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينهما وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هي الآدمية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ومدلول
كلامه هنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد واطرافه جميعا عندائمتنا فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور
قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصرا
عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف انتهى اقول فيه خلل زائد اما اولا فلانه فسر الذات بجميع البدن
وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بجسدك لا روح فيه انتهى و
انما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واما فهما بازالة الروح واما ثانيا فلانه علل سقوط اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد اوجب
كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف
بجواز ان يكون ايجابه اياه للآدمية كما في الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف رح هذا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لا في
الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا تحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف رح المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال في اي العبد وقال
في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصرا في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل
المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فيكون المالية في العبد باعتبار الاطراف انتهى اقول هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف رح في تعليل المسئلة

[illegible] الآدمية لان جنايته على مولاه [illegible] الجناية [illegible] الجناية [illegible] الجناية

باب غصب العبد المدبر والصبي الجناية في ذلك

قال من غصب عبدا ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى دفع بدية في يد الغاصب مات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية تجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني لكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال وان غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مسلطا لاخذ الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمته وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلمه له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما

الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه ايضا ان يقال تحقيق الحل بالشبهين بان يجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث ان اعتبر قيمته يوم الجناية فلم يتقض العمل بهما ما هو المطلوب ههنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال في النهاية لما ذكر حكم الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور وفتور اما اولا فلان وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه واما ثانيا فلان ما ذكر في هذا الباب ما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه او الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه واما ثالثا فلان الصبي ليس بملحق بالمدبر في حكم المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز ان يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما انتهى اقول وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحب النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران فيهما واردين عليه ايضا كما ترى قال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جناية مع غصبهما ذكره المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان حكم غصب الصبي انتهى وتوجيه يعني اقول هذا اشبه الوجوه المذكورة وان لم يكن التقرير بها حسن منه تدبر قوله

والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية الى آخره واعترض الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك لا ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك انما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب واما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنايات الا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة وحكما والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرض لرده الشيء واما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيخان اورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالها واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدوانا لا يصلح معارضا ولا مرجحا انتهى اقول نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما ان يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع واما سند منعه فليس بتام ايضا اذ لا محذور في ان يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان **قوله** وقال محمد يرجع بنصف قيمته ويسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما اخذه ولي الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل انتهى اقول فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح ان يكون عوض ما اخذه

وعلى هذا كل في جميع القيمة لانه حين جنى زيد لا يزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثاني فاذا رجع بشيء من بدل العبد رجع المولى بالباقي من بدل العبد ثم يرجع المولى بما اخذ على الغاصب لانه استوفى بسبب كان زيد الغاصب قال وان جنى عند المولى فقتله رجل فجنى عنده جنايتين ثم مات فالمولى بالخيار ان شاء دفع بجنايته الاولى وان شاء دفع بجنايته الثانية وان شاء دفع بهما نصفان لان الجنايتين لا يزاحمهما شيء فيتعلق بكل القيمة فيدفعه الى الاول ان شاء ويرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ان شاء ويرجع به على الغاصب هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده فقتله المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ولو غصب عبدا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فالمولى بالخيار ان شاء دفع بجنايته الاولى وان شاء دفع بجنايته الثانية وان شاء دفع بهما نصفان لانه مع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع بنفسها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقض حكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان زيد وسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى الا الى ولي الجناية الثانية لان النصف طريق حق الاول وقد وصل ذلك اليه وقيل هذا المسئلة على الاختلاف الاول وقيل الاتفاق والفرق محمد ان الاول الذي يرجع به عوض عن الاول ولي الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا كان استحقاقا

ولي الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فالاصح ان يدفع المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد انتهى اقول هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا ان في تقريره مساغ التملص عما اوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تامل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما ذكره محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابه ما قال قاضيخان ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب واما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن شيء في حق انسان ويكون بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون الماخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا هنا انتهى **قوله** ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة الثاني الى آخره قال في الغاية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت للاولى حكما فكيف يكون حق التضمين لا غير والاول متقدم حقيقة فقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بالمانع انتهى اقول في الجواب بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت حكما ايضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى كما ارشد اليه قول المصنف ره في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الثانية الاولى انتهى فاذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولي الجناية الثانية ايضا كان ولي الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف ياخذ ولي الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي ان لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتامل في الجواب الثاني **قوله** ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف يستوجب الاول اقول لقائل ان يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق راسا بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لا حق له الا في النصف ينبغي ان لا يكون القيمة التي وجبت على المولى بين ولي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي ان يكون بينهما اثلاثا ثلثاه لولي الجناية الاولى وثلثه لولي الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف ره فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير ان تعلق حق ولي الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغي ان يتضاربا في القيمة بقدر حقهما اذ قد مر في الفصل السابق ان جنايات المدبر اذا تولت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة واوليا الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي الجناية الثانية متعلقا ايضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف ره لا حق له الا في النصف ينبغي ان يرجع المولى بالجميع على الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الاولى الا انه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغي ان يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزاحم اليه كحق ولي الجناية الاولى ثم اقول يمكن ان يجاب بان يختار الشق الثاني ويقال في الفرق بين ولي الجنايتين ان حق الاول تعلق بكل القيمة ثم تنقص نصفها بتزاحم الثاني من بعد ذلك لكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني ايضا

[illegible] قال ومن غصب عبدا فرده وقد جنى عنده جناية فعليه قيمته [illegible] وهو قول زفر وقال الشافعي لا يضمن [illegible] لانه كان مضمونا بالغصب فلا يبرأ بالرد [illegible] ولنا ان الجناية الاولى [illegible] ولا يضمن [illegible] كالحر في الدية [illegible] لكونه قتلا تسبيبا [illegible] ولو رجع الصبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان لم يرجع [illegible] وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا [illegible] ولو اخذه بعد العتق [illegible] والشافعي يأخذه في الحال ومن اصل الخلاف [illegible] في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل [illegible] في الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتلاف لان المأذون [illegible] اتلف ملكا متقوما معصوما [illegible] فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا او كما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي [illegible] ولابي حنيفة وعن [illegible] اتلف ملكا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه [illegible] بالاذن [illegible] الصبي [illegible] الا اذا قام غيره مقامه [illegible] الحفظ [illegible] على الصبي [illegible] عاقلته بخلاف البالغ والمأذون لان [illegible] ما اذا كانت الوديعة عبدا لان [illegible] في حق المالك [illegible] الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة لا اضافة الى الصبي الذي وضعت [illegible] قال [illegible]

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله اختلف خمسون رجلا منهم تحليفا [illegible] قال الشافعي [illegible] اذا كان هناك لوث [illegible] الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه اذا كانت الدعوى خطأ وان قال سألك ان يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي والاول [illegible] ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة [illegible] غير عدول ان اهل المحلة قتلوه

يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لاحق لغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا الاستحقاق كل القيمة و انتقاص حقه انما كان لعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم ينعقد سببا موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تيسر من الكلام في توجيه المقام **قوله** اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا من الجناية الثانية بحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه انتهى اقول هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف ره فان الشارح المذكور زعم ان مراد المصنف ره بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف ره بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب اولا وهو النصف الذي كان حقا لولي الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب اول مرة في ضمن رجوعه عليه في الكل فلا انجاه اصلا لما قال واذا بعد ان اتصل بالباب القسامة لما كان امر التقتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات ثم ان القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا في حاشية الشروح اخذا من المغرب وقال في معراج الدراية القسامة لغة مصدر قسم فسامة او اسم وضع موضع الاقسام انتهى اقول لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدرا قسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الادب واما في الشريعة فهي ايمان تقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كذا في العناية اقول فيه قصور فانه يخرج منه ما اذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر وقرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع انه يجب في هذه الصورة ايضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب ولا يقال عنه بني الكلام على ما هو الاكثر وقوعا لان المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من ان يكون جامعا ومانعا كما لا يخفى فالاولى ان يراد عليه قيود ويقال هي في الشريعة ايمان تقسم بها اهل محلة او دار او موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد في شيء منها قتيل به اثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا وقال في النهاية فاما تفسيرها شرعا فما روى ابو يوسف ره عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال في القتيل يوجد في المحلة او دار رجل من المصران كان به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق ولا يعلم من قتله تقسم خمسون رجلا من اهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا انتهى اقول فيه سماجة لا تخفى فان ما روى ابو يوسف ره عن ابي حنيفة رح على ما ذكر في النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن ان يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في اول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية ولما شرطها فهو ان يكون القسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وان يكون في الميت الموجود اثر القتل اما لو وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل الايمان بالخمسين انتهى وفي غاية البيان ايضا كذلك اقول فيه كلام اما اولا فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها ايضا ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا لانه لا يكرر اليمين بل يرد على الولي ذلك حتى لا ادية عليه وقال الشافعي رح في الرواية يمين الولي
قوله عليه السلام للاولياء يقسم منكم خمسون انهم قتلوه وكان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولان الجنب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر
شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذا كلا لة فيه لنوع شبهة والقصاص لا يجب معها والمال يجب معها
فلهذا وجبت الدية ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وفي رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب
ان النبي عليه السلام بدأ باليمين بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين ظهرانيهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي
الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه الظاهر انه يختارهم بتهمة ان القتل اهون الحالين لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل

ولكن يجب القصاص او الدية كما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من اولياء القتيل
لان القسامة يمين واليمين لا يجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين
حق المدعي وحق الانسان لو في عند طلبه كما في سائر الايمان ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد
اصلا فلا قسامة فيه ولا دية ومنها ان يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن او مدبر او ام ولد او مكاتب او ماذون وجد قتيلا
في دار مولاه نص في البدائع على هذه الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك اكثرها واما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل في
دار مكاتب فعلية القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فما معنى جعل كون
المقسم حرا من شروطها اللهم الا ان يقال لمكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به وفي الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراط الحرية في
القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في البيت وتكميل اليمين خمسين انتهى اقول
فيه شيء من الاخلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو انه لم يتعرض فيه لاشتراط المذكورة في المقسم مع كونها شرطا ايضا ثم اقول في امكان توجيه ذلك
احتمالان احدهما انه اكتفى في افادة ذلك الشرط ايضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وبتذكير الضمير في قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على المؤنث
شائعا في احكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط المذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة في مسئلة عند ابي حنيفة رح ومحمد رحمه الله وهي ما سيجيء
في آخر هذا الباب من انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف رح القسامة
على العاقلة ايضا وكانت المرأة اهلا للقسامة في الجملة عندهما **قوله** وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا اقول في تحرير المصنف رح هنا قصور بل اختلال
اما اولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث اي قرينة حال تقوم في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبيل علامة القتل على
واحد بعينه كالدم او من قبيل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالشافعي كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله او
ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة ان يقال وان لم يكن هناك لوث واما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد في قوله فمذهبه
بعد ان ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي رح ومالك رح وان قال واللوث عندهما الى آخره من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم ان مرجعه اي منهما وعن هذا
حمله بعض الشراح على الشافعي رح وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
اقول لقائل ان يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان افاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من ان لعرف
لام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قريش وقد اشار اليه المصنف رح في باب اليمين من كتاب الدعوى
حيث استدل فيه على ان لا يرد اليمين على المدعي عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر فقد جعل جنس الايمان على المنكرين وليس الجنس شيئا آخر لزم ان لا يصح تحليف غير المدعى
من اهل المحلة في ما اذا ادعى الولي القتيل على بعض منهم بعينه مع انه يحلف خمسون رجلا من اهل المحلة في هذه الصورة ايضا كما صرح به المصنف رح فيما سيجيء لو جعل اطلاق جواب الكتاب
دليلا عليه وقال وهكذا الجواب في المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعي ههنا بالحديث
المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا ان يقال يجوز ان يثبت به المدعي ههنا بوجه آخر وهو انه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة
تنافي الشركة وقد اشار المصنف رح اليه ايضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختار الولي ردها على المدعى عليه جاز لانه يمين وليس بشهادة **قال** فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين لم تعدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كمن سلم الدعوى وكان النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وخديث زياد بن لبيد وكذا جمع رضي الله عنه بينهما على ما رواه وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء لا يصلح الجبر

من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى ان منافاة القسمة الشركة انما يقتضي ان لا يكلف المدعي لا ان لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من اهل المحلة نعم يلزم ان ينقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تامل تقف **قوله** وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح اقول لا فائدة هنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول في هذه المسئلة حبس القاتل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي بما سياتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهار القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المذكورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا جمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سياتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة هنا ولقد اصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال ولان مختار المشايخ والعلماء منهم لانهم يحترزون عن اليمين الكاذبة اكثر مما يحترز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو انه لو اخبر بعض من اهل المحلة بانه يعلم ان القاتل احد من اهل المحلة بعينه او احد من غيرها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الحقوق عن انفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم راسا ولم ار احدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه قال فان قيل اية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين راجعين الغرم عن انفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روي من الاخبار فاتبعت السنة من غير ان يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين احدهما ان من الجائز ان يكون القاتل عبدا لواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطاء صحيح فيقال له ادفعه او افده ويسقط الحكم عن غيره وكان التحليف على العلم مفيدا وجائز ان يقر على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع او الفداء ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الجانبين عبد كالرجل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرءا اظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني انه لا يمتنع ان يكون واحد منهم امرءا صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل فلو اقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي امره بقتله كان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك **قوله** ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجز القسامة بينهم بالكلية فانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من اهل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى اقول اشارة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود بقوله يبرئكم يهود بايمانها وانما لم يجز القسامة بينهم لعدم طلب اولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر انفا ان ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده او بماية من اهل الصدقة على سبيل الحمالة منهم بناء على ان اهل الذمة من اهل البر اليهم وقد افصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قالا بعد نقل الحديث ثم قيل انما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يجوز الحمالة عن اهل الذمة فان قضاء دين الغير له واهل الذمة من اهل البر اليهم حتى جاز نصفنا

صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكوة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى حديث عبد الله
بن سهل بن ابي حثمة كما وقع في التعيين واما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصرا على الزهري واخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد
بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن ابي شيبة رواه ايضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فايجاب النبي صلى الله عليه وسلم
القسامة والدية على اليهود صحيح بين وقد ذكره المص اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية
عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت من احكام الجاهلية فقرها رسول الله صلى الله عليه
وسلم في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى ان قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم الدية والقسامة انتهى وكذا امر ايجاب القسامة
والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه
ان مثل هذا الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كتب نبيا فاسال الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى
ارانى ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي كذا ذكر الحديث في
الكافي والبدائع وغيرهما فظهر ان منشاء البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام تحرير قوله وكذا اليمين يعني كما وجب له القصاص والقسامة شرعت
لتجب الدية اذا نكلوا اي شرعت لتظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص اقول الظاهر ان
المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي رح ولان اليمين عهد بالشرع مسبب للمدعى عليه لكن يرد عليه انه انما يتم فيما اذا ادعى ولي القتيل القتل العمد فان الموجب
حينئذ هو القصاص على تقدير ان يقروا بذلك فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه واما فيما اذا ادعى القتل الخطاء فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على
تقدير ان يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم ايضا عندنا ويمكن ان يقال ولي القتيل وان ادعى القتل الخطاء
يحلف اهل المحلة بانا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطاء فيجوز ان وقع القتل منهم عمدا ولم يعلم الولي بل ظن انهم قتلوا قريبه خطاء فلو
قروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا
كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطاء كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع الا يرى انه
لو ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا او خطاء استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجيء
في الكتاب فتامل وان حمل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف رح هنا وان كان يرى تفسقا في بادي الرأي قوله ثم الدية يجب بالقتل
الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين اظهرهم لا نكولهم اقول الوجه لذكر قوله لا نكولهم هنا بل الحق ان يذكر بدله لا بايمانهم لانا الآن بصدد بيان موجب ايمانهم
واما موجب نكولهم فانما ياتي بيانه من بعد بقوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا نكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر ان قوله ثم الدية
يجب بالقتل الموجود ومنهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي رح لا ملزما كما في سائر الدعاوي يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوي
فالدافع له ان يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الابايمانهم فلم يكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوي فقوله لا نكولهم حشو محض في
دفع ذلك وانما اللازم ان يقال بدله لا بايمانهم كما لا يخفى قوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل
عمدا اما اذا ادعاه خطاء فنكل اهل المحلة فانه يقضي بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى واما سائر الشراح فلم يقيدوا منهم هنا مثل ما قيده تاج الشريعة

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت بما كان في القصاص فيعود على الخلاف مني كتاب الدعوى **قال** وان لم يكن اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يبلغ خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وفي اليمين تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والشعبي رضي الله عنهما مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيحمل تمامها المكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائت لانه ثبوتها بالسنة توقيه استعظام امر الدم فان كان لا يرد كاملا فاراد الولي ان يكررها احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال **قال** ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول العجيم واليمين تحول صحيحة **قال** ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل الشهادة واليمين على اهلها **قال** وان وجد قتيلا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حيوته بسبب باشر لا من مات حتف انفه والقسامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من ان يكون اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب وخنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة اخرى عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل احد وقد ذكرنا في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس فعلة قتيل اهل القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد رأسه او رأسه فلا شيء عليهم

الا ان صاحب النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء لوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان ابو المراد عن الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى ان ظاهر ما ذكراه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة ههنا اقول لا يذهب عليك ان الظاهر من اطلاق جواب مسئلة الكتاب هنا ومن اقتضاء وليها الذي ذكره المصنف ره ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ ان يكون الحبس الى ان يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى الخطأ ومن هذا قرب اصحاب المتون قاطبة اطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا اطلقه الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الائمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية بينه لهذا حيث قال في صدر الباب حكم القسامة القضاء لوجوب الدية على العاقلة في ثلث سنين عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه اذا حلفوا برئوا واما اذا ابوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا او يقروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها ايضا على الاطلاق كما ترى ثم اقول التحقيق ههنا هو ان في جواب هذه المسئلة روايتين احدهما انهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الاطلاق وهو ظاهر الرواية عن ائمتنا الثلثة والاخرى انهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف ره وقد افصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال لا يحبسون ولكن يقضي بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين وقال ابن ابي مالك هذا قول الآخر وكان ما ذكر في ظاهر الرواية قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف ره الاول الى هنا لفظ المحيط ثم اقول بقي ههنا اشكال وهو انه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى ان من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد ره لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى اطلاق ذلك ان يكون موجب النكول في القسامة ايضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وان ادعى ولي القتيل القصاص مع ان المذكور في خاتمة الكتب ان يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس الى الحلف بلا خلاف فيه من ابي يوسف ره ومحمد ره كما هذا ظاهر الرواية نعم قد ذكر ايضا في المحيط والذخيرة انه روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف ره انه يقضي بالدية في القسامة ايضا عند النكول لكن يبقى اشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول ابي يوسف ره في ظاهر الرواية وفي قول محمد ره فتامل في الدفع

قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس اقول فيه بحث لانه ان اراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي ههنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم ان النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والمنصوص فيما نحن فيه وارده على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وان يكون مخصوصة بمورد ما وهو ما اذا وجد القتيل في مكان نسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان اراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد ايضا فهو ممنوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما ادعى الولي القتل على بعض من اهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب **قوله** ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها اقول يشكل اطلاق هذا القول لابي حنيفة رح ومحمد ره في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب وهي انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد ره عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها واما عند ابي يوسف رح فالقسامة ايضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا

لان هذا الحكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري
القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتوالیان ولا من فيه ان الموجود اولا ان كان بحال لو وجد الباقي
تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة
في هذا تستحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يعرف بكثير

من الجواب وما فيه من الخلل **قوله** لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري
فيه القسامة يعني ان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن واكثر البدن كل حكما
وان لم يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم
تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان اقول في هذا التعليل شيء وهو انه قد ذكر في وضع المسئلة انه لو وجد بدون القتل او اكثر من نصف البدن او النصف و
معه الراس في محله فعلى اهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا وجد بدون القتيل او اكثر من نصف البدن في
هاتيك الحالة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الراس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا اكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب
اللهم الا ان يقال النصف اذا كان معه الراس يصير في حكم اكثر البدن بناء على شرف الراس وكونه اصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف ره الا ان للاكثر حكم
الكل تعظيما للآدمي شاملا لما لما هو الاكثر حقيقة او حكما فيتم التقريب بهذا التاويل ثم بقي شيء آخر وهو ان قول المصنف ره بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به
فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل انه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله
او راسه فلا شيء عليهم ولا يخفى ان قوله بخلاف الاقل الى آخره لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى ان يقال بخلاف الاقل
والنصف الذي ليس معه الراس الى آخره وكان صاحب الغاية ذاق هذه الشاكلة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف ره بخلاف الاقل الى آخره ما سواه
ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية انتهى واورد بعض الفضلاء على قول المصنف ره الا ان للاكثر حكم
الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى اقول ليس ذاك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ره ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة
النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى
قوله ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتوالیان يعني لو وجبت بالاقل لوجبت بالاكثر ايضا اذا وجد وكذلك
لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر ايضا اذا وجد فيلزم ان تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرع عامكررتين
قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون اكثر من القسامتين والديتين وليس
كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف ره حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراد القسامتان والديتان على القطعتين
تتكرران في خمسين نفسا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بها خمسون من اهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب
من المال بمقابلة دم الانسان فكيف يتصوران تحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما في خمسين
نفسا وانما الموجود في احاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسها والكلام في اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك
التوجيه **قوله** والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة لا تجب فيه اقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل
مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه انه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بانه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شيء عليهم مع انه لا تجب
القسامة حينئذ في الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة
تجب كما لا يخفى **قوله** ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء قصور من وجوه الاول

ان الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن امه اما وجوده مع امه فهو بمنزلة عضو منها فيكون
الحكم هناك للام دون الجنين والثاني ان ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين يعم تمام الخلق
وغير تمامه والثالث ان قوله ليس به اثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ لا بد فيه من ان لا يكون به اثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار
هنا على نفي اثر الضرب تقصير والاظهر ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به اثر القتل فلا شيء عليهم تدبر **قوله** وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق
وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره
اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها اجيب بانه انما لم يجب في الاطراف قيل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل
تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان
ينفصل حيا واما اذا وجد ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفرق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح
ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما تراه ولان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق
الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق
في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار ولهذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهر لوجود القتيل بين
اظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو
اعظم خطرا اولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك بها مسلكها اهدار
امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك ان اهدار الحقير اهون واولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب ان
يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اسجع سجع الكهان
قوموا فدوه انتهى اقول يرد عليه ان حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه
وسلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على ان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا والموجب
فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث
حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او مسطح خيمة فالقت جنينا ميتا
فاختصموا اوليا ءها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل
ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام اسجع سجع الكهان وفي رواية وعني دار اخبر العرب قوموا فدوه الحديث وكانه نسي ما قدمت يداه **قوله** واذا وجد قتيل في

لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولو كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الفاسد فيه اختيار يعتبر قرار الملك كما في ضمان قيمة الخطر ولان القرار على الحفظ بالملك لا يرى انه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا في يد المشتري قبل القبض لانه دون البات ولو كان الميت في يد المشتري والخيار له فهو لاحق الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده لاذ بها يقدر على الحفظ **قال** ومن كان في يده دار توجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انه القتيل الذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تتحقق العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة ولا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة **قال** وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانهما في يديهم والظاهر يشهد لهم ارباب ملحق بحيث على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يملكها لانه في يده وعند المالك سواء كان الحوالة فاعتبر على قول ابي يوسف ظاهر والقرار لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لا يمكن **قال** وان وجد في مسجد محلة فالدية على اهلها لان اليد فيه لهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية في بيت المال لانه لا يتعين واحد منهم وكان الخسران والمغارم وكان بيت المال مال عامة المسلمين وقوله الشافعي ان كان مملوكا فعند ابي يوسف يجب على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فهي في بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية في بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لهم سكان ولاية الدار لهم اليهم الظاهر ان القتل حصل منهم وكما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتمكنون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غيرهم يقوى اليهم فهو مسيء يرجع عليهم قالوا وهذا لا تركية المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف **قال** وان وجد في بريه ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بحيث لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه لا يتمكن احد من الوصول اليه لا في ملكه ولا في ملك غيره فيعتبر اقرب القرى من ذلك المكان على التقدير الذي تقدم لانه اضيف بغير هذه الموضع فهو كالموضع على الشط والشط في يد من هو يقرب منه لا ترى انهم يستقون منه الماء ويمرون دونها ثم هم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهل ما به بقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم **قال** وان لقي الوالي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان **قال**

دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه يحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان قول المصنف رح فيما قبل وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز ان يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الا ان قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز ان يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف رح ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغايرا واما ثانيا فلان قول المصنف رح فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها ههنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف رح صراحة فكيف يصح ان يكون شرحا لمراده **قوله** لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك **اقول** هذا التعليل على قول ابي يوسف رح مشكل لانه ان اراد بقوله ولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى ان الولاية لا تستفاد بالملك لا بغيره فيتقض ذلك بما مر من ان السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملك عنده بناء على ان ولاية التدبير كما يكون بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في اثبات مدعاه في هذه المسئلة كما لا يخفى **قوله** ولان القدرة على الحفظ باليد دون الملك الا يرى انه لا يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك دون اليد **اقول** هذا التنوير غير واضح لانه ان اراد باليد مطلقا اي سواء كانت يدا اصالة او يد نيابة فلا يصح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد اصالة كما صرحوا به قاطبة فلو لم يكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة ايضا لما صح ذلك وان اراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم انه لا يقدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا انه لا يقدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل نقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس باجلى من اصل المسئلة **قوله** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انه الذي في يده قال صاحب العناية ولا يختلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة ينكر ذلك انتهى **اقول** لقائل ان يقول ان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على اصله التعليل الذي ذكره المصنف رح بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العواقل عنه وهلا يناقض هذا ما مر من ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد دون الملك كما في المسئلة المتقدمة ايضا فان الملك هناك للمشتري مع ان الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله

قال وان ادعى على واحد من غيرهم فثبت عليه وجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحد منهم لا ينافي ابتداء الامر لانهم خلفاء الاولياء من حيث ان الدعوى عليهم ويلزمون اذا كان القاتل منهم لكونه قتله بايديهم حيث يأخذه على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يلزمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم لا بدعوى الولي اذا ادعى القتل على غيرهم لتعذره فيه وتعذر مثله قال واذا التقى قوم بالسيوف فاقتتلوا حتى قتل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين ظهرانيهم واخذه عليهم لان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة من القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط بالحق عن اهل المحلة لان قوله جحد على نفسه وقد وجد قتيل في معسكرنا او مر بقرية من قرى لا اعلمه لا احد فيها او وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاحياء اعتبارا لليد عند انعدام الملك

وقال صاحب الغاية بناء ولا يلزم وبا حنيفة رح انه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المتنازعة في يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب على عاقلة البائع اذا لم يقم المشتري بينة على ان المجرد اليد لم يثبت بناء الملك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وفي جامع الكراسي اعتبر ابو حنيفة رح يد المالك لا مجرد اليد في المسألة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى اقول هذا التوجيه مشكل لان الملك في المسألة المتقدمة كان للمشتري لا محالة ولهذا انتفى النزاع بين ابي حنيفة رح وصاحبيه في تلك المسألة اذ لو كان الملك ايضا للبائع لما صار محل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك لا تقتضي ثبوت نفس الملك ايضا لانه يلزم ان يجتمع على الدار الواحدة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان اريد به انه ملك غير مستناد الظاهر الى اليد التي كان لصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك في الحال بالبيع فاستغنى اعتبار مثل ذلك للامر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق ان يعد ذلك اصلا لامامنا الاعظم تغليبا بالقائل الصادق **قوله** وان ادعى على واحد منهم غيرهم سقط وقد بيناه من قبل قال صاحب الغاية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة انتهى واقتفى اثره العيني اقول الظاهر انه اراد به قوله اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فاوجبناه بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسألة التي ذكرها المصنف رح هنا دون الاصل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى **قوله** وجه الفرق هو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه خلفاء اقول لقائل ان يقول ان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم بدون ان تعيين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم ان تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون ان تعيين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم ان تعيين خصوصه وان كان امرا لازما ان تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم سواء تعيين خصوصه او لم يتعين فهو ايضا ممنوع اذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا الا ترى اذا اقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين اظهرهم او ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره اصلا فان قيل يجوز ان يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة ايضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم انذارهم من يذود ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف رح فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل فيهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذاك الظالم فتركوا النصرة واما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا يكون سلم ذلك مطلقا لعدم امتيازهم في حفظ المحلة ليشكل بما اذا اقر واحد منهم بعينه بالقتل او ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه ايضا فتأمل في التوجيه فذكر في الشروح نقلا عن المبسوط انه روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح انه يسقط القسامة والدية عن اهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون اقرارا لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح سندا انتهى قلت هذه الرواية اظهر عندي درايته والله اعلم بالصواب **قوله** ولان اهل المحلة لا يلزمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط الفقد شرطا اقول لقائل ان يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يلزموا بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم ان يسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني وما علم ان قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه اكثر الشراح انتهى قلت ومن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه انفا في الموضعين **قوله** واذا التقى قوم

وان کان القوم الف قتلا ولا وجد قتیل بین اظہرہم فلا قسامۃ ولا دیۃ لان الظاہر ان العدو قتلہ فکان ہدرا وان لم یلق اعدا فعلی ما بیناہ وان کان للارض مالک فالعسکر کالسکان فیجب علی المالک عند ابی حنیفۃ رہ خلافا لابی یوسف رہ وقد ذکرناہ **قال** واذا قال المستحلف قتلہ فلان استحلف باللہ ما قتلت ولا عرفت لہ قاتلا وغیر فلان لانہ یرید اسقاط الخصومۃ عن نفسہ بقولہ فلان یقبل فیحلف علی ما ذکرنا لانہ لما اقر بالقتل علی واحد صار مستثنی عن الیمین فبقی حکم من سواہ فیحلف علیہ **قال** واذا شہد ثنان من اہل المحلۃ علی رجل من غیرہم انہ قتل لم تقبل شہادتہما وہذا عند ابی حنیفۃ رہ وقالا تقبل کالاجنبی لانہ کان الخصوما وخصماء وقد بطلت العرضۃ بدعوی الولی القتل علی غیرہم فتقبل شہادتہم کالوکیل بالخصومۃ اذا عزل قبل الخصومۃ ولہ انہم خصماء وبالعزل قائمین للتقصیر الصادر منہم فلا تقبل شہادتہم وان خرجوا من جملۃ الخصوم کالوصی اذا خرج من الوصایۃ بعد ما قبلہا ثم شہد قال رضی اللہ عنہ وعلی الاصلین ہذین تخرج کثیر من المسائل من ہذا الجنس **قال** ولو ادعی علی واحد من اہل المحلۃ بعینہ فشہد شاہدان من اہلہا علیہ لم تقبل الشہادۃ لان الخصومۃ قائمۃ مع الکل علی ما بیناہ والشاہد یقطعہا عن نفسہ فکان متہما وعن ابی یوسف رہ ان الشہود یحلفون باللہ ما قتلناہ ولا یزدادون علی ذلک لانہم اخبروا انہم عرفوا القاتل **قال** ومن جرح فی قبیلۃ فقیل الی اہلہ فمات من تلک الجراحۃ فان کان صاحب فراش حتی مات فالقسامۃ والدیۃ علی القبیلۃ وہذا قول ابی حنیفۃ رہ وقال ابو یوسف رہ لا قسامۃ ولا دیۃ لان الذی حصل فی القبیلۃ او المحلۃ ما دون النفس ولا قسامۃ فیہ فصار کما اذا لم یکن صاحب فراش ولہ ان الجرح اذا اتصل بہ الموت صار قتلا ولہذا وجب القصاص فان کان صاحب فراش اضیف الیہ وان لم یکن احتمل ان یکون الموت من غیر الجرح فلا یلزم بالشک ولو ان رجلا معہ جرح بہ رمق حملہ انسان الی اہلہ فمات بوما او یومین ثم مات لم یضمن الذی حملہ الی اہلہ فی قول ابی یوسف رہ وفی قیاس قول ابی حنیفۃ رہ یضمن لان یدہ بمنزلۃ المحلۃ توجد وجودا حکمیا بدلیل وجودہ فیہا وقد ذکرنا وجہ القولین فیما قبلہ من مسئلۃ القبیلۃ ولو وجد الرجل قتیلا فی دار نفسہ فدیتہ علی عاقلتہ لورثتہ عند ابی حنیفۃ رہ وقال ابو یوسف ومحمد رہ لا شیء فیہ لان الدار فی یدہ حین وجد الجرح فجعل کانہ قتل نفسہ فیکون ہدرا

بالسیوف فاجلوا عن قتیل فہو علی اہل المحلۃ لان القتیل بین اظہرہم ای وجد بین ظہرہم یعنی بینہم والظہر والاظہر بمعنی بینہم کما فی قولہ علیہ الصلوۃ والسلام لا صدقۃ الا عن ظہر غنی ای صادرۃ عن غنی فالظہر فیہ مقحم کما فی ظہر الغیب وظہر القمیص وکذا فی الاظہر لیال اقام بین اظہرہم ای بینہم کذا فی الشروح فان قیل الظاہر ان قاتلہ من غیر اہل المحلۃ وانہ من خصمائہ قلنا قد تعذر الوقوف علی قاتلہ حقیقۃ فیتعلق الحکم بالسبب الظاہر وہو وجودہ قتیلا فی محلتہم کذا فی النہایۃ والعنایۃ اقول یرد علی ہذا الجواب ان یقال ما بالکم تجعلون ہذا الظاہر وہو وجودہ قتیلا فی محلتہم موجبا لاستحقاق القسامۃ والدیۃ علی اہل المحلۃ ولا تجعلون ذاک الظاہر وہو کون قاتلہ خصماء من غیر اہل المحلۃ دافعا للقسامۃ والدیۃ عن اہل المحلۃ مع ان الاصل الشائع ان یکون الظاہر حجۃ للدفع دون الاستحقاق فالاظہر فی الجواب ان یقال الظاہر لا یکون حجۃ للاستحقاق فبقی حال القتل مشکلا فاوجبنا القسامۃ والدیۃ علی اہل المحلۃ لورود النص باضافۃ القتل الیہم عند الاشکال وکان العمل بما ورد فیہ النص وسیاتی مثل ہذا عن قریب **قولہ** وان کان القوم الف قتلا ولا وجد قتیل بین اظہرہم فلا قسامۃ ولا دیۃ لان الظاہر ان العدو قتلہ فکان ہدرا قال فی العنایۃ قولہ لان الظاہر ان العدو قتلہ فکان ہدرا یحوج الی ذکر الفرق بین ہذہ وبین المسلمین اذا اقتتلوا عصبۃ فی محلۃ فاجلوا عن قتیل فان علیہم القسامۃ والدیۃ کما مر اتفاقا وقالوا فی الفرق ان القتال اذا کان بین المسلمین والمشرکین فی مکان فی دار الاسلام ولا یدری ان القاتل من ایہما یرجح احتمال قتل المشرکین حملا لامر المسلمین علی الصلاح فی انہم لا یتوالی الکافرین فی مثل ذلک الحال ویقتلون المسلمین وامانی المسلمین من الطرفین فلیس ثمہ جہۃ الحمل علی الصلاح حیث کان الفریقان مسلمین فبقی حال القتل مشکلا فاوجبنا القسامۃ والدیۃ علی اہل ذلک المکان لورود النص باضافۃ القتل الیہم عند الاشکال وکان العمل بما ورد فیہ النص اولی عند الاحتمال من العمل بالذی لم یکن کذلک انتہی وقال بعض الفضلاء طعنا فی المصیر الی الفرق المذکور الفرق الظاہر فان الظاہر ہہنا حجۃ للدفع عن المسلمین فیصلح حجۃ وثمہ لو کان حجۃ للاستحقاق وذلک غیر جائز فیجب علی اہل المحلۃ للنص انتہی اقول لیس ہذا الفرق تام فضلا عن کونہ ظاہرا اذ لا نسلم ان الظاہر ثمہ لو کان حجۃ لکان حجۃ للاستحقاق بل یجوز ان یکون حجۃ لدفع القسامۃ والدیۃ عن اہل المحلۃ ولا یکون حجۃ للاستحقاق علی المسلمین الذین اقتتلوا عصبۃ فی ذلک المحل فیلزم ان یکون ہدرا فلا بد فی تمام الفرق بین المسلمین من المصیر الی ما ذکرہ المشائخ من البیان ونقلہ صاحب العنایۃ کما تحققتہ **قولہ** ولو وجد الرجل قتیلا فی دار نفسہ فدیتہ علی عاقلتہ لورثتہ عند ابی حنیفۃ رہ قال صاحب العنایۃ اعلم ان المصنف رہ قال فدیتہ علی عاقلتہ لورثتہ عند ابی حنیفۃ رہ ثم قال فی دلیلہ وحال ظہور القتل الدار للورثۃ فتجب علی عاقلتہم وفیہ تناقض ظاہر ومخالفۃ بین الدلیل والمدلول ودفع ذلک بان یقال عاقلۃ المیت اما ان یکون عاقلۃ الورثۃ او غیرہم فان کان الاول کان الدیۃ علی عاقلۃ المیت وہم عاقلۃ الورثۃ فلا تنافی بینہم وان کان الثانی کان الدیۃ علی عاقلۃ الورثۃ ولما کان کل منہما ممکنا اشار الی الاول فی حکم المسئلۃ والی الثانی فی دلیلہا وعلی التقدیر الثانی یقدر فی قولہ فالدیۃ علی عاقلتہ مضاف ای علی عاقلۃ ورثتہ الی ہنا کلامہ اقول ما ذکرہ فی الدفع کلام مشوش خال عن التحصیل سیما قولہ وعلی التقدیر الثانی یقدر فی قولہ فالدیۃ علی عاقلتہ مضاف ای علی عاقلۃ ورثتہ فان حکم المسئلۃ المذکورۃ وہو وجوب الدیۃ علی العاقلۃ عند ابی حنیفۃ یعم الصورتین قطعا ای صورۃ ان کان عاقلۃ المیت عاقلۃ الورثۃ وصورۃ ان کان عاقلۃ المیت غیر عاقلۃ الورثۃ فما معنی تخصیص حکمہا بالصورۃ الاولی بمجرد الاشارۃ الی امکانہا ثم ان تقدیر المضاف وعدم تقدیرہ متناقضان لا یمکن اجتماعہما فی محل واحد حتی یقدر المضاف فی قول المصنف رہ فالدیۃ علی عاقلتہ علی التقدیر الثانی ولم یقدر علی التقدیر الاول کما یشعر بہ قولہ وعلی التقدیر الثانی یقدر فی قولہ فالدیۃ علی عاقلتہ مضاف ای علی عاقلۃ ورثتہ فالوجہ فی الدفع ان یقال المضاف مقدر البتۃ فی قولہ فالدیۃ علی عاقلتہ ای علی عاقلۃ ورثتہ فیوافق الدلیل ویتناول

وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فصار كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولان رجلين كانا في بيت وليس مع احدهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف لا يحلف الآخر الدية وقال محمد لا يحلف لانه يحتمل ان الله قتله الآخر فلا يحلفه بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان الوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رح القسامة عليها تؤخذ عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رح القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة وامرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي وضمان القسامة لنفي التهمة وتحرز القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق منه بارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تسيل

الصورتين معا انما وله الصورة الثانية وهي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وانما وله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلان عاقلته وعاقلتهم اذا اتحدتا يصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل يكون نسبتهم الى الورثة اولى بنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف رد في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف رد فدية على عاقلته لورثته اي على عاقلة ورثته ورثة لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت ليس من اهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحدة وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان يكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا اولى مما ذكره صاحب العناية الا ان في تقريره ايضا شيئا من الركاكة فالارجح ما قررناه من قبل تامل ترشد **قوله** ولان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم اعترض عليه ان الدية انما وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يقتلوا عنهم لهم وجب بانها يجب للمقتول حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل آباءهما تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه اكثر الشراح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب انه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فدية على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة رح ومقتضى جواب الاعتراض ان تكون دية له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة ان دية المقتول على عاقلته لورثته في ثاني الحال اي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد ان كانت له اولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم اقول بقي هنا اشكال قوي وهو انه قد مر ان دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم ان يكون دعواهم على انفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه ايضا بتحمل فليتامل واجاب صاحب الغاية عن اصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة اعم من ان تكون ورثة او غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم اقول ليس هذا بشيء اما اولا فلان الدية اسم لما قدر الشرع من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في اول الديات ولبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فما كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فدية على عاقلته لورثته لان دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم واما ثانيا فلان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو ان يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم ان يقتلوا عنهم لهم لا ان يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن اوجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على ان العاقلة اذا كانت اعم من ان يكون ورثة او غير ورثة كما صرح ذلك المجيب يكون الورثة ايضا ممن وجبت لهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعاقل

اقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي ان يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المص وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه موديا الى التكرار ليس بتام في نفسه لان بيان اقسام الديات واحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان

قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات الاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه لزوجه وليه قوموا فدوه وكان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والجاني معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى انه قتل وجه الى ايجاب التوبة عليه وفي ايجاب مال عليه اجحافه واستيصاله فيتعدى عقوبة فضم اليه العاقلة تخفيفا للتعسف وانما اختصوا بالضم لانه انما تقرر لقوة فيه تلك بالنصرة وهم العاقلة فكانوا هم المقترنين في تركه ونبه المصنف بقوله **قال** والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان وهذا عند من جعل الديوان كتبت اسامي في الديوان وهذا عند من قال الشائع في الدية على اهل الديوان لانه كتب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يمنع جوازه ولا بد صلة ولا اول بنا الا قارب وكما قضى به عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وكيف ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع القرابة وتحقيق الولاء والعهد فقد صارت بالديوان لجعلها على اهل الديوان اتباعا للعصبة وهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصروا بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانت بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن اجابها بما هو صلة وجه العشاء اولى منه في اصول الموالي والتقدير بثلث سنين تؤدى على النبي عليه السلام يحكى عن عمر رضي الله عنه وكان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في الزمن ثلثة او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا السنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو جمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الاجر بالقضاء على ما بين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معا وفي المستقبل

بهنا بيان من يجب عليهم الدية تفاصيل انواعهم واحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطاء وفي معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة احكامها فذكرها في هذا الباب انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس ذلك بسديد لان مداره ان يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة احكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل واحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي ان يذكر الباب او الفصل لكون المذكور هنا اذ ذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فانها امر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب فكان ذينك الشارحين انما اعتبرا ان ذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه انفا والوجه ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين احكام القتل الخطاء وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها **قوله** والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره اقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوه لكان قوله كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطاء كلاما تاما مستقلا ايضا فيلزم ان يكون قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء خبره فيصير المعنى والدية كائنة او واجبة في شبه العمد والخطاء وهذا مع استلزامه ان يكون قوله والدية في شبه العمد والخطاء مستدركا لا طائل تحته مبنيا على كون الدية واجبة في شبه العمد والخطاء قد ذكر مفصلا في كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل ولا يفوت به المعنى المقصود هنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطاء على العاقلة اذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندي ان قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء صفته اي الدية الكائنة او الواجبة في شبه العمد والخطاء وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطاء وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة مستتبعا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم التكرار اصلا ويحصل المعنى المقصود بلا ريب **قوله** ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة اقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز ان يكون العطاء الخارج في سنة واحدة او في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة احاد العاقلة فيمكن اخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة او سنتين فلا يفيد هذا التعليل المذكور للمدعى وهو التقدير بثلث سنين والصحيح ان لا يكون العطايا الخارجة في ثلث سنين وافية بتمام الدية لقلة احاد العاقلة فلا بد ان تؤخذ اذ ذاك من العطايا الخارجة في اكثر من ثلث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية ايضا كما ترى نعم يفيد التاجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التاجيل بثلث سنين لا التاجيل مطلقا **قوله** فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود اقول فيه بحث وهو ان القياس كان يابى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا ان الشرع ورد بذلك كما صرح به والشرع انما ورد بايجابه موجلا بثلث سنين فانه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله تعالى عنه كما مر انفا فينبغي ان يخص التاجيل بما ورد به ويجري نظير هذا في الكتاب في تعليل ان ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا بحال عندنا بل موجل بثلث سنين فتامل هل يمكن دفعه **قوله** ولو خرج القاتل ثلث عطايا في سنة واحدة قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقابل اي للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العيني اقول كيف يكون ذاك هو الاصح وحينئذ يلزم ان يكون قول المصنف رحمه الله في المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج في العام القابل اي المقبل لا يكون الا في المستقبل قطعا فما معنى تفسير المراد بقوله في المستقبل اللهم الا ان يفرق بين خرج في العام القابل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا فاذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالفعل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس

وبين خرج العام القابل ويدعى امكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بان خرج العطاء في الماضي للعام القابل اي لاجل العام القابل بطريق تعجيل اعطاء عطية العام الاتي ايضا المصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الاولى ايضا كلام وهو انه قال في جواب هذه المسألة يؤخذ منها كل الدية ولا شك ان كل الدية انما تؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة اجمعهم لا ما خرجت للقاتل فقط الا انه يمكن ان يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل اي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسألة كما لا يخفى **قوله** يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اقول اورادهم خرجوا بناء عن سنن الصواب ذا الشاهر ان قوله لما ذكرنا تاويل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لا مجال لكون قوله المذكور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تاثير لكون الوجوب بالقضاء في ان يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسألتنا هذه بل انما يكون قوله المذكور حينئذ اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصلح ان يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه في المستقبل يصح حمل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف استطرادا وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو اصل المسألة ومقصود بالذات هنا خالية عن الدليل بالكلية مما لا يقبله الفطرة السليمة على ان لو كان مراد المصنف ذلك لما اخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسألة بل كان عليه ان يذكره متصلا بقوله معناه في المستقبل **قوله** وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله ثلث سنين اقول هذا التحرير محتمل اذ الظاهر ان خبر ان في قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو في ماله اذ لو كان خبره في ثلث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم نظير الضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله هذا كله مما لا ستره به عند من له دربة باساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبر ان قبله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فان ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق في تحرير المقام ان يقال وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل في ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ثلث سنين فتحصل ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به موجلا فلا يتعدى قال صاحب العناية في شرح قوله ان القياس يأباه اي القياس يأبا ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيحا اما اولا فانه لو كان معنى قول المصنف رحمه الله ان القياس يأباه بمعنى لا يقتضيه لما ثبت دليلنا المذكور هنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس اقتضاء عدمه ومخالفته انما تحقق في الثاني دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال في الخطاء موجلا ان يتعدى غيره لان الذي لا يتعدى مورده انما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الاصول واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله وهي اي حجج الشرع لا تتناقض ان حجج الاصول لا تتناقض فمسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بحجة بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور باقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان اراد به ان حجج الشرع لا تتناقض مطلقا اي سواء كانت معمولا بها او لا فممنوع كيف وقد صنفوا في كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبينوا احكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور انه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة اصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل هذا ليس في معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء اقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما تقدم في اول كتاب المعاقل فانه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء وقالوا يحترز به عن دية تجب بسبب الصلح او الابوة في القتل العمد فانها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة **قوله** ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اقول قدم في كتاب الجنايات انه اذا قتل جماعة واحدا اختص من

وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والقيمة بالقضاء تعتبر ابتداء من وقته كما في ولد المغرور **قال** ومن له مائة من قتل الدية وان قتل خطأ فقيمته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل **قال** وتقسم عليهم ثلث سنين لا يزاد واحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره هكذا وروى في مختصره ما يشير الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهما او درهما وثلث درهم وهو الاصح **قال** وان لم يكن تقسم القبيلة كذلك ثم الى اقرب القبائل منها وتسامح كل ذلك لمعنى التخفيف ويقدم الاقرب على ترتيب العصبات الاخوة فبنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم ثم الاباء والابناء فقيل يدخلون لتوجهه وقيل لا يدخلون لان الغرم لمن الغرم حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الديات اذا لم يقسم لذلك اهل راية فهم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا اخرجهم الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه جبر العاقلة به كما هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيستوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احتباس مبتدأ لانه لا يؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف

ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهم صلة من بيت المال وقد يقدر ان كانت ارزاقهم خرج في كل سنة فلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر او خرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفي في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ليس بالاعطية اكثر لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والعطيات ليكون وافيا في الدنيا فيتيسر الاداء منه

جميعهم وقالوا في بيان وجه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزى في التماثل بين الواحد والجماعة من نبذه الجنسية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل ان يقول هنا فلم لا يجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطاء كاملة باعتبار ان كل واحد من العشرة القاتلين واحد خطاء كاملة كما لكل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على ان القتل لا يتجزى وقد صرح في كتاب الديات انه قد روي ان عمر رضي الله تعالى عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتامل في الفرق **قوله** وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته قال الشراح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى التفويت وهو مدفوع عن الحالي تحول الحق بقضائه الى المال انتهى اقول فيه نظر لانهم ان ارادوا ان ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطاء انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الاية وهو نص صريح في كون ضمان القتل خطاء تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان يقتضي باطلاقه ان يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطاء ايضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطاء مخصصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطاء منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل ان يخلق القاضي وان ارادوا ان ضمان المتلفات اعدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى **قوله** وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون اقول فيه كلام وهو ان عدم كثرة الآباء مسلم واما عدم كثرة الابناء لكثرة الاخوة فممنوع كيف واخوته ابناء ابيه فاذا جاز ان يكثر ابناء ابيه فلم لا يجوز ان يكثر ابناء نفسه قائل **قوله** وان كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء ان الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر او كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى اقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز ان يفرض لرجل عطاء في كل ثلث من السنة فتخرج له من سنة واحدة ثلث عطايا والظاهر من تفسير المؤلف ان يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف ره قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق ان يحمل قول المصنف ره والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بغريب في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية ان الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم ارزاق واعطيات فرضت الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم فعلم بذلك ان الرزق يفرض للمقاتلة ايضا انتهى اقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب احدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج للجندي عند راس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع اعطية واعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة

قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فرد معنى لا خراجه ومواخذته غيره وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في التحمل عنه كما في الجامع كونه معنى وردنا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالابرئ عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقوله عليه السلام لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لدرء كم مرتبة والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء وهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء المعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصر اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا خربهم او استنصرهم انصروا فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالمصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا نظر معه لحكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يدبرون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر لا يختصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا ينتصر بهم وان كان لاهل الذمة غرائم معروفة يتعاقلون بها فقراء اهل ذمته فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه في ماله بمنزلة تاخرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وعلى هذا من هذا القتل ليس نصرهم لا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر وبيد القتال

او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في اعطياتهم ثلث سنين فان لم يكونوا اهل العطاء وكانت لهم ارزاق جعلت الدية في ارزاقهم وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول فقط ولكنه لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني او لا القول الفرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر انما يرد على ما نقله عن شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه لكن ينبغي والعجب هنا من صاحب الغاية انه حض بالذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من الحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور ان المسئلة الاتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في العطية دون الارزاق يأتي ذلك القول جدا **قوله** وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم قال صاحب النهاية اعلم ان القاتل انما يكون كاحد العواقل في اداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من اهل العطاء في الديوان واما اذا لم يكن هو من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا لان الدية يوخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى اثره في تفسير هذه المسئلة بالوجه الذي ذكره اكثر الشراح منهم صاحب الغاية وقطعي هذا مشكل عندي وقد نص في الكتاب ان من لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته لهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك ان قبيلته من لا يكون من اهل العطاء في الديوان فلا يكون هو ايضا من اهل العطاء في الديوان وقد مر ايضا انهم قالوا لو كان اليوم قوم تناظرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية توخذ من الاعطيات في تعليل قوله واما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا يلزم ان لا يجب الدية على العاقلة ايضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من اهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لاستحالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطاء وشبه العمد مجمع عليه خلافا وجب عليهم الدية البتة ينبغي ان يجب على القاتل ايضا شيء منها وان لم يكن من اهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي ان القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وان كانت هي القاتلة يخالف المسئلة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث اوجبها المتاخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه لا يستلزم الدية انتهى اقول فيه نظر لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة بالاستقراء

والکفار یتعاقلون فیما بینہم وان اختلفت ملۃ واحدۃ قالوا ہذا اذا لم تکن المعاداۃ فیما بینہم ظاہرۃ اما اذا کانت ظاہرۃ کالیہود والنصاریٰ ینبغی ان لا یتعاقلون بعضہم عن بعض وہکذا عن ابی یوسف لانقطاع التناصر

ممنوع فانہ اذا وجد القتیل فی قریۃ امراۃ فعند ابی حنیفۃ رح ومحمد رح یجب علیہا القسامۃ ولا یجب علیہا شیٔ من الدیۃ علی ما ہو المنصوص علیہ من محمد رحمہ اللہ کما ذکر فی غایۃ البیان والکفایۃ وغیرہما والمتاخرون وان قالوا ان المراۃ تدخل مع العاقلۃ فی تحمل الدیۃ فی تلک المسئلۃ الا ان تعلیلہم ایاہا بقولہم لانا انزلناہا قاتلۃ واذا کانت قاتلۃ تشارک العاقلۃ کما فی الکتاب قبیل کتاب المعاقل یابی الفرق بین القاتلۃ حقیقۃ والقدرۃ قاتلۃ بل تقتضی قیاس المنزلۃ قاتلۃ علی القاتلۃ حقیقۃ والا لا یتم تعلیلہم المذکور لا علی قاعدۃ الحنفیۃ ولا علی قاعدۃ غیرہم کما یظہر بالتامل الصادق فالحق فی التوفیق بین کلمتین المذکورتین فی المقامین ما ذکرہ سائر الشراح فانہ قال فی الکفایۃ ہذا یخالف ما ذکر قبیل المعاقل من اختیار المتاخرین ان المراۃ تدخل فی تحمل مع العاقلۃ الا ان ذلک لیس باصل الروایۃ وانما ہو اختیار بعض المتاخرین وما ذکر ہہنا ہو اختیار الطحاوی وہو الاصح وہو اصل روایۃ محمد رحمہ اللہ انتہی وقال فی معراج الدرایۃ ہذہ المسئلۃ مخالفۃ لما مر قبیل کتاب المعاقل انہ لو وجد قتیل فی دار الرجل ان القاتلۃ تشارک العاقلۃ عند المتاخرین الا انہ یمکن ان یکون ہذا علی روایۃ المتقدمین ان المراۃ لا تدخل فی العواقل فی صورۃ من الصور انتہی وقال فی غایۃ البیان فان قلت قد مر قبیل کتاب المعاقل ان القتیل اذا وجد فی قریۃ امراۃ تجب القسامۃ علیہا والدیۃ عند ابی حنیفۃ رح ومحمد رح وذہب المشائخ المتاخرون الی انہا تشارک العاقلۃ فی الدیۃ فکیف لم تشارکہم ہہنا قلت ثمۃ ایضا لا تشارکہم فی الدیۃ علی ما ہو المنصوص من محمد رح وانما استحسن المتاخرون فی تلک المسئلۃ خاصۃ انتہی ثم قال صاحب العنایۃ فان قلت ہذا الجواب یبتنی علی ایجاب القسامۃ علیہا وفی ذلک تناقض لانہ قال قبل ہذا ولا قسامۃ علی صبی الی ان قال ولا امراۃ ولا عبد وقال ہہنا لو وجد قتیل فی قریۃ لامراۃ فعند ابی حنیفۃ رح ومحمد رح القسامۃ علیہا بکر الایمان وذلک تناقض انتہی قلت الجواب ان ذلک مذکور فی سیاق قولہ وان لم یکمل اہل المحلۃ خمسین کررت الایمان فمعناہ لا یکمل اہل المحلۃ خمسین من الصبی والمراۃ والعبد لانہم لیسوا من اہل النصرۃ والیمین علی اہلہا واہلہا ہہنا فالقتیل وجد فی قریتہا فتجب علیہا نفیا لتہمۃ القتل فانہا متحقق ہہنا وتبین من ہذا ان القسامۃ اذا وجبت علی الجماعۃ تعلل بالنصرۃ فمن کان اہلا لہا یدخل ومن لا فلا یدخل الصبی والعبد والمراۃ واذا وجبت علی واحد تعلل بتہمۃ القتل فمن کان من اہلہا وجبت علیہ ومن لا فلا فیدخل المراۃ ہہنا کلامہ اقول فیہ ایضا نظر اما اولا فلان کون ذلک مذکورا فی سیاق قولہ وان لم یکمل اہل المحلۃ خمسین کررت الایمان ممنوع بل ذلک مسئلۃ مبتداۃ مقصودۃ بالبیان علی الاستقلال اذ لو کان معناہ لا یکمل اہل المحلۃ خمسین من الصبی والمجنون والمراۃ والعبد لانفی صلاحیتہم للقسامۃ مطلقا ای سواء کانوا منضمین الی الغیر لتکمیل الخمسین او کانوا منفردین وحینئذ لزم ان یکون بیان حال الصبی والمجنون والعبد فی امر القسامۃ عندکم ہہنا منفردین غیر منضمین الی الغیر متروکا بالکلیۃ فی ہذا الکتاب وکثیر من الکتب المعتبرۃ اذ الفرض ان عدم الصلاحیۃ للقسامۃ حال الانضمام الی الغیر لتکمیل الخمسین لا یستلزم عدم الصلاحیۃ للقسامۃ حال الانفراد وہو حاصل الجواب الذی ذکرہ لدفع التناقض بین المقامین فی حق المراۃ کما تری واما ثانیا فلان ما ذکرہ من ان القسامۃ اذا وجبت علی الجماعۃ تعلل بالنصرۃ واذا وجبت علی الواحد تعلل بتہمۃ القتل من عندیاتہ لا یساعدہ العقل ولا النقل اما عدم مساعدۃ العقل فلان کل واحد من ترک النصرۃ واحتمال القتل متحقق فی کل واحدۃ من صورتی وجوب القسامۃ علی الجماعۃ ووجوبہا علی الواحد فتعلیل احدہما بالاولی والاخری بالثانی دون العکس او الجمع تحکم بحت واما عدم مساعدۃ النقل فلانہم کانوا یعللون وجوب القسامۃ والدیۃ مطلقا بکل واحد من العلتین المذکورتین کما لا یخفی علی من راجع المعتبرات وقد مر الاشارۃ الی ذلک فی مواضع من نفس الکتاب قولہ والکفار یتعاقلون فیما بینہم وان اختلفت ملۃ واحدۃ قال بعض الفضلاء ہذا مخالف لما سبق فی اول باب جنایۃ المملوک ان اہل الذمۃ لا یتعاقلون فیما بینہم وجوابہ ان ذلک مبنی علی الغالب انتہی اقول یابی ہذا الجواب قول المصنف رح ہہنا کما عاقلۃ بعد قولہ انہم یتعاقلون فیما بینہم لان النکرۃ المنفیۃ تفید العموم علی اعرف فالاولی فی الجواب ان یقال المراد ہہنا نفی الوقوع ای لم یقع التعاقل فیما بینہم والمراد

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

فصل الاصل ثم ان قيل ارش الامة قيمتها بالغة ما بلغت وان قيل ارش الامة قيمتها ما بلغت وان قيل ارش الامة قيمتها ما بلغت وان قيل ارش الامة قيمتها ما بلغت [illegible] لم يكن ارش مقدر بنسبة انتهى لكن يثبت التسوية الاولى وهي قولان التساوي لا يجب في عمده بجريرة تدبر **قوله** والاصل فيه قول ابن عباس موقوفا عليه وفي مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جنايته عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى مجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يخرجه لقوله فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد وقد ذكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة رح جائزا ويذهب الى انه لو كان المعنى على ما قاله لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا الزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدل على ذلك لان معناه عن عمد عن صلح وعن اعتراف كذا في النهاية اقول الجواب محل الكلام اذ للخصم ان يمنع كون معناه ما ذكره ويقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول ومن صولح عن دمه ومن اعترف قتله على صيغة المجهول ايضا فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما **قوله** لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى قال صاحب العناية يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى انتهى اورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف ره في الدية بل في التاجيل كما لا يخفى وقال ولعل الاولى ان يقال اذا ثبت القتل الخطاء بالبينة يلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار اولى ان يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل انتهى اقول ليس ما قاله السيد بيانا لكلام المصنف ره هنا اصالة في الدية ولا في التاجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التاجيل في القتل الخطاء اذ قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفي ما مر غير مرة في كتاب المعاقل وانما الكلام هنا اصالة في كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا قصر المص ره البيان عليه في تعليل هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى ان يقال الى آخره انما يفيد كون الدية موجلة الى ثلث سنين في هذه المسئلة لا كون التاجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الاول واما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا اولى وهذا يثبت كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا تحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتاجيل الدية فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التاجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية والتاجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون اقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى انتهى **قوله** وما دون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف اقول فيه كلام وهو انه ان كان مراد المص ره بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص في ما دون النفس في تعليل ان لا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس واما بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا ان

وفي احدى روايتيه تحمله العاقلة كما في الحر وقد مر قبل وفي اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اولى من بعض بذلك وهذا لو ثبت كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال عن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله وجه الاصل ان نصب الدية على القاتل انه بدل متلف ولا تلف منه لان العاقلة تتحملها تخفيفا للتخفيف على ما مر وان لم يكن له عاقلة فاذا حكمنا في الاصل ان الملاعنة تنقله عاقلة امه كان له به ثابت منها وولاء الاب فان ولد لاقل من ستة اشهر من وقت العلوق فالولد لاحق بالاب حيث ثبت نسبه من الاب بالاقرار وان ولدته لاكثر من ستة اشهر فالولد لاحق بالاب حيث ثبت نسبه من الاب بالبينة وفي مال الاقرار ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي به القاضي على الاقرار على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه معناه في مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة وكلها مسائل الذي خرج عليه ان يقال حال القاتل اذا انتقل لا يخلو اما ان انتقل بسبب او حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى تقضى بها ولم يقض وان ظهرت عاقلة خفية مثل عوده ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى ثم القضاء بها ولم يقع ولم يختلف حال الجاني لكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك وقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان او اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء بعد الاداء فيما سبق اداؤه من احكام هذا الاصل مما لا يمكنه التحرز عنه ما ورد عليه من النظائر والاصل هو الله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

الاطراف ليسلك بها مسالك الاموال فيتعدى التماثل بالتفاوت في الدية لما صرح به صاحب الغاية حيث قال هناك ان الاطراف ليسلك بها مسالك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العينين طرفي الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس منه بما معنى قوله على اعرف ان يتقض فيما ذكره في تعليل مسئلتنا بانه تحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هناك ايضا مع تخلف الحكم فيه وان كان مراده بما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من ان المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز ان لا ينتقض ما ذكره هنا تحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية اذ لم يصرح احد بسقوط اعتبار الآدمية في اطراف الحر بالكلية الا انه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذ على اصل ابي حنيفة رحمه فانه يعتبر المالية والآدمية معا في اطراف العبد وانما يتم بناء على اصل ابي يوسف رحمه ومحمد رحمه فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان ما يجب فيه القيمة من عبد الانسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين الائمة فلا معنى لا يبتنى دليلها على اصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو الكلام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى **قوله** وفي احدى روايتيه تحمله كما في الحر وقد مر قبل قال صاحب الغاية اي في اول فصل باب جناية المملوك وقد مضى ذكره في هذا تفسير صاحب الغاية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك اصلا سائر الشراح اقول لو كان مراده ما مر قبله وقد مر قبل ما فسر به هو لا غير الشراح الثلاثة كانت حوالته هنا غير واضحة قطعا اذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي رحمه ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب لظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي الدنيا الموت والوصية معلقة وقت الموت اقول يرد عليه ان كتاب الوصايا ليس بموجود في آخر هذا الكتاب وانما الموجود في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من اصحاب التصانيف اوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا ان كتاب الوصايا ايضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في اوائل كذا او اواخره فان صيغة الجمع لا تمشي في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما الخلص في ذلك تعميم الاول والآخر الحقيقي والاضافي ويمكن ان يقال ايضا لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل ايضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى الصيد الذي هو التوصية منه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتاخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حيوته او بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا او منفعة هذا هو التعريف المذكور في تمام الاتقاني

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله و
حقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصى مذكورة فى كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذه الالفاظ كما انها موضوعة فى الشرع للمعنى المذكور موضوعة
فيه ايضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصا باللام فى المعنى الاول
وبالى فى المعنى الثانى فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على انها من فروع المعنى الثانى لا على سبيل التطفل الى هنا لفظ اقول ما عدة تحقيقا ليس بشئ اما اولا
فلان التى يكون من فروع المعنى الثانى من المسائل المذكورة انما هى المسائل المتعلقة بالوضع دون مسائل الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال
لفظ الايصا فيها باللام لا بالى يقال اوصى لحقوق الله تعالى او لحقوق العباد ولا يقال اوصى اليها كما لا يخفى فبقى امر التطفل فى حق تلك المسائل من المسائل
التى ذكرها من قبل اذ لم يشملها شئ من المعنيين المذكورين قط واما ثانيا فلان مسائل التبرعات الواقعة من الانسان فى مرض موته بطريق التحجير مذكورة
ايضا فى كتاب الوصايا ومنها باب العتق فى المرض كما سيجئ فى الكتاب لا ريب فى عدم شمول شئ من المعنيين المذكورين لشئ من تلك المسائل فبقى امر
التطفل فى حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فمن اين كان ارتكاب جمعها فى لفظ واحد بتاويل بعيد مع عدم عموم المشترك
عندنا حقيقيا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم اقول الوجه فى التفصى عن امر التطفل فى حق المسائل التى ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شرعية على ما ذكره
صاحب البدائع حيث قال واما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما اوجبه الموصى فى ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هى ايجاب
بعد الموت فانهما يشملان هذه المسائل جملة كما لا يخفى على المتامل والوجه فى التفصى عن امر التطفل فى حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات و
المنجزات حمل معنى الوصية شرعية على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر فى الايضاح الوصية ما اوجبها الموصى فى ماله بعد موته او مرضه
الذى مات فيه انتهى فانه يشمل كلها جميع ما ذكر فى كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذوى مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير
فى الدنيا ووصول الدرجات العالية فى العقبى وشرائطها كون الموصى اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم
يكن مولودا حتى اذا اوصى للحبلى اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما يعرف حيوته فى ذلك الوقت بان ولدت قبل ستة اشهر حيا وكونه
اجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا يجوز الا باجازة الورثة وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود وحال حيوة
الموصى سواء كان موجودا فى الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا فى النهاية وفى الغاية ايضا
بطريق الاجمال اقول فيه قصور بل خلل اما اولا فلانه جعل من شرائطها ان لا يكون الموصى مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا للتركة و
الشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به فى البدائع وغيره واما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية
لا كونه حيا فيه الا ترى انهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة اشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حيوته فى ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين
فى الرحم واقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور فى عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط ان يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحيوة اصلا واما ثالثا فلانه جعل من شرائطها
ان يكون الموصى به بمقدار الثلث لا زائدا عليه وهو ليس بسديد على اطلاقه فان الموصى اذا ترك ورثة فانما تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم يجزه الورثة وان اجازوه صحت وصيته
به واما اذا لم يترك وارثا فيصح وصيته بما زاد على الثلث حتى يجب ماله عندنا كما تقرر فى موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بان يكون له وارث واخرى بان لا يجيزه الوارث

باب فى صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا منه قال بعض المتاخرين فى حل هذا التركيب اى ما يجوز منه وما لا يجوز منه ما يستحب منه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال الملكية ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ولو انهضه البر يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بينا ه

وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الابدال يفيد ان المراد بيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى اقول فيه خلل فاحش اما اولا فلانه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ره ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال اي ما يجوز منه وما لا يجوز منه وما لا يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك ان ذلك التقدير ان صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء لغائر ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدهما فان قيد كل منهما بشيء يخرج ما يستحب منه لا يبقى في ذلك شيء لغائر ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين ويعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل اصلا لا مجرد التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما فيجوز ان يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لانا نقول نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل اصلا فمن اين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز ان يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك به تفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ ان يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في اول الباب من ان الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محل صحيح قط فالصواب ان لا تقدير في شيء من كلام المصنف ره هنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها اي عن كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شيء اصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في اثنا مسائل الباب مما لا يجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة ان يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لا لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب واما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم ان الظاهر ذلك ولا نم ان احدا صرح به وانما الذي صرحوا به ان صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف ره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لان مراد المصنف ره بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة الا يرى انهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف ره باب في صفة الوصية الى آخره وكم بين المقامين واما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورده المصنف ره بالواو العاطفة على فرض ان يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه هذا القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية اي ما يستحب منه وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكان هذا القائل نسي قول المصنف ره وما يستحب منه عند كتبه قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمري انه عجيب من مثله قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة اقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مر انفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سياتي في الكتب من ان الوصية بالثلث للاجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة اغنيا او يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقرا لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية اولى فكان الظاهر ان يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة او جائزة اللهم الا ان يوجه قوله وهي مستحبة بان المراد به ان غاية امرها الاستحباب دون الوجوب لانها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى امرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية بحقوق الله تعالى كالصلوة والزكوة والصوم والحج التي فرط فيها اذ الظاهر انها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين قال في العناية اخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب جوازا لا باجة قال وهي مستحبة انتهى اقول في قوله

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث اجنتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي والثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه انشاء الله تعالى

قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظرا لان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقولنا الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض شيء حق الوالدين والاقربين بل الظاهر ان الرد بقول ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في اسلوب تحريره سماجة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله تعالى كتب عليكم الى آخره عن مجموع القولين ان يكون الآية المذكورة دليلا عليهما بل المتبادر ان تكون دليلا على قريبها ولا يخفى انها لا تصلح لان يكون دليلا على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المرموزين الا انه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل ان يومن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند راسه انتهى فجاز ان يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني دليلا على القول الثاني لطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب واما صاحب العناية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم ان الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا ان نذكره ههنا **قوله** وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس المذكور واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه ولو اضيف الى حال قيامها بان قال لملتك غدا كان باطلا فهذا اولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء اولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا ان تحمل بان يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا قطعا له عن عرقه والاوجه ان يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بان قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت بل تبقى المالكية بعده في حق من يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث **قوله** وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين قال صاحب العناية وقد استدل ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بهذه الآية وقرر ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية منكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها وبين هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد اي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى اقول يرد عليه ان هذا لا يدل على ان الوصية الاولى لم تبق لازمة فان المواريث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها فدخلت تلك الوصية الاولى ايضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن اين يلزم انتفاء وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية ايضا كما هو المذهب في مقدار الثلث وعن هذا اورد القاضي البيضاوي في تفسيره الآية الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام فنسخ بآية المواريث بان قال فيه نظر لان آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى

قال ولا يجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم ثم زاد عما يتفق من الإيثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه ولا معتبر بإجازتهم في حال حيوته لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

ثم إن بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب هذه الوصية عليها في قوله فإذا كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبه عليها انتهى أقول إنما السهو في نفسه لأن مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية إنما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى فإنه تعالى قال في أول آية المواريث يوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي يأمركم ويعهد إليكم في شأن ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف قال بعض المتأخرين يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم إلى آخره وإن دل عليه أيضا لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا يخفى عليك أن قوله عليه السلام إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم إلى آخره لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لأن مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وإنما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازه بالسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم إلى آخره وإن دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك لقوله لأنه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الأصل فإن بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلا وإنما هو مقتضى القياس فلا محال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض إلا أن القائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث إن كان يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بتام لأن نفي جواز الوصية بالكل والنصف وإثبات جوازها بالثلث وإن لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث إلا أن قوله عليه السلام والثلث كثير بعد إثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوصى الثلث أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أي الثلث كاف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أي يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فإن المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه إذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد أشار إليه المصنف رحمه الله في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد رضي الله عنه فقول ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد رضي الله عنه أيضا ممنوع **قوله** ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به وأوضحه صاحب الكافي بأن قال ولأنه انعقد سبب زوال الملك عنه إلى غيره لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزوال الشيء من كل وجه فإذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل قصور لأنه إنما يتمشى فيما إذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما إذا وقعت حال صحته إذ لا ينعقد سبب الزوال إليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالأولى في تعليل هذه المسألة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله إلا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن إبطال حقهم وذلك لا يجوز من غير إجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لأن الوصية إيجاب مضاف إلى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام إلى هنا لفظه تدبر **قوله** إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط إلا أنه لا يجوز هذه الوصية أصلا وقال هنا فإن قلت كيف جاز إعمال اللفظ الواحد في

لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى

بعض مراوله دون بعض وباي توجيه امكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلا قوله تعدد اوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة اوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله اوصيت له بعشرة الاف درهم وقد كان ماله ثمانية الاف بمنزلة ان يقال اوصيت له بثمانية آلاف وبالنصف الى غير ذلك صيانة لكلام عاقل عن الغاية ما امكن وحذرا عن البطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التاويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى اقول حسب انه اتى بامر مهم توقف عليه صحة معنى المقام ولم يدر انه انما ارتكب شططا فان صحة بعض اجزاء شئ واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى انهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة او جمع بين عبد ومكاتب او ام ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر او المكاتب او ام الولد بناء على ان الفساد بقدر الفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واخته في النكاح والمجوسية بحسب العقل انما يلزم ان لو كان محل الصحة والفساد واحدا واما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شئ ذي اجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا اصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا امر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء ما امكن والحذر عن البطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعوا اليه اصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رده الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بازاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة او ابقيت على حالها الظاهر من كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا امر وهمي لا اصل له كما ترى **قوله** لان الساقط متلاش قال الشراح قاطبة قول المصنف ره هذا تعليل لقوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث انتهى اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حيوة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة اصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لداع الا يرى انه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق حقه اصلا واما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكره بمسئلة اخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه ولا يخفى ركاكته وبعده عن شان المصنف ره والحق عندي ان قول المصنف ره هذا تعليل لقوله قبله فليس لهم ان يرجعوا عنه يعني ان اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لما يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى **قوله** غاية الامر انه يستند عند الاجازة وفي بعض النسخ عند الاستناد لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقدير وهي ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا انه يستند الى اول المرض فبالموت يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي ان يصير اجازتهم في حال حيوة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فاجاب بان الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذا لحقها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان وهذا اي ما نحن فيه من الاجازة في حال حيوة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير اشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقها الاجازة وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة

لان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا يبطل لان الحق لا يكون رضا يبطل لان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه

قد مضى وتلاشى عين وقع اذ لم يصادف محلا فلم يلحقها الاستناد انتهى اقول فيه خلل فانه قال في اول تقرير السوال لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المص وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفة المحل هو الذي قد كان منع في اول السوال فختم الجواب به مصادرة كما لا يخفى **قوله** ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق انفا من قوله او الحق يثبت عند الموت الا ان المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى اقول منشاء توهم المخالفة المنقول عن قيد الجرد في قول المصنف ره وقيله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي لا يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث ولانه حق الورثة الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق انفا او الحق يثبت عند الموت هو الحق الجامع للحقيقة فلا مخالفة اصلا وانما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى ان يحمل على ذلك قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما لا يخفى بالتامل الصادق **قوله** فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله يعني فلو استند ملك الورثة الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لتوهم من يقول حق الورثة متعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق استقاطهم بالاجازة ايضا وجه الدفع انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما بر انتهى اقول الظاهر ان يمنع استلزام ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق استقاطهم بالاجازة ايضا انقلاب الحق حقيقة اصلا فضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز ان يظهر مجرد تعلق حقهم بمال المورث من اول المرض في كلا الامرين معا بدون ان ينقلب الحق حقيقة اصلا اذ لا ريب ان لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان ولذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت ايضا اجتهاد مالك وابن ابي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم تحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم تحقق ثمه لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان يبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم تحقيقه واما ان تجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا يجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون الفقر مطلوب الحصول انتهى اقول فيه خلل لان قوله فنحن بين امرين الى آخره مفرع على ما قبله ليس بسديد اما اولا فلان قوله واما ان تجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد ان قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وان انقلاب الحق حقيقة مانع اذا لم تحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم تحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على ان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت واما ثانيا فلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع ان ما قرروه فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك اصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين امرين الى آخره بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب ايضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح ابيه قبل موت ابيه بما ذكره قبله كما فعله صاحبا النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين امرين الى آخره انتهى اقول ليس شيء من كلامه بمستقيم

وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والإجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن **قال** ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله يجوز للقاتل على حد الخلاف إذا أوصى لرجل فقتله قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل لأنه عليه والفصل بينهما أنه لو أجاز ورثته ورثوه عند أبي حنيفة وصاحبيه وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرثه لأن جناية باشره والامتناع لاحتمال

أما التنصيص بالجرح فلأن الجرح نفس واحدة مادة الجارح لا تكرر فيه إلا أن يموت الجرح حتى يقال إن السبب الجرح المتصل بالموت بل إنما السبب الجرح الواحد الصادر عن الجارح المذكور إلا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فإنه له الفعالية بتكرره وتجدده إلى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت في الحيوة فافترقا وأما قوله ولذا كان قاتل فنحن بأمين إلى آخره فلأن التصريح ينافي ذلك كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام **قوله** وكل ما جاز بإجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فإجازته تكون إخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا يتم إلا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول قد قصروا في تقرير وجه قول الشافعي رحمه الله في مسألتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن تمشي فيما إذا كان ما إجازة الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة إجازة الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فإن الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كلية مسألتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل الشافعي رحمه الله فيها كما ترى فالأولى في بيان وجه قول الشافعي رحمه الله هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وهو إرث وللقاتل والإجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لا إنها تمليك بلا عوض انتهى فإنه يعم الكل ثم إن الصحيح في هذه المسألة قولنا لما ذكر في الكتاب **قوله** ولا يجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل أقول لقائل أن يقول إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وعموم قوله عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث شئتم كما مر ثم إن هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لإطلاق الكتاب قطعا على ما عرف في أصول الفقه وإن صلح صح أن يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث إلا أن فرضا يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قطعا فإذا لم يعلم التاريخ حمل على المقارنة فيلزم أن يتعاضدا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله فمن أين يتم هذا الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الورود وهو لم يثبت قطعا ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح لأن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه **قوله** ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث قال في العناية ورد بأن حرمان الوارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل إياهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شيء ولا الجواب أما الأول فلأن التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان عن الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الميراث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل إنما يدل على قياس حرمان القاتل عن الوصية على حرمانه عن الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما وأما الثاني فلأن كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركتهم ممنوع كيف ولو كان الأمر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند إجازة سائر الورثة إياه وتركهم المغايظة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله

وقيل ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث وانه لا يرضى بها القاتل كما لا يرضى بها الاحد ثم قال ويجوز
ايضا بقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه
قطيعة الرحم ولانه خص باحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غيره وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك
مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض لوارثه في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث

انه جائز بالورثة وليس كذلك كما مر جوابه وايضا لو كان الامر كذلك لزم ان لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق ان
سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية غليظة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة له بابلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له اشتبه
في هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الميراث واليه اشار المصنف بقوله ولانه استعجل باذكاب جناية غليظة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح بهذا المعنى
حيث قال ولان القتل بغير حق جناية غليظة فيستدعي الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التفتازاني عن عهدة
كونه قياسا على طريقتنا عبر بهذا وسلوك طريق الدلالة اسهل انتهى اقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة ان يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا في
الملحق بالدلالة بطريق الاولوية او المساوي وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على اصل ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله فان المعنى المقتضي لحرمان القاتل على الميراث
لا يتغير ولا ينكسر باجازة الورثة اصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء اجازته الورثة او لم يجيزوه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير وينكسر باجازة الورثة عند
ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ولهذا يصح الوصية لاجنبي باجازتها الورثة كما استطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث اقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط
طريق الدلالة في شان الوصية على اصلهما ثم اقول ههنا احتمال آخر وهو ان لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الالحاق بطريق الدلالة
بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه انه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث ليهم دلالة المعتقد بلا احتياج اليه فان استعجال القاتل ما آخره الله حرم عظيم يستدعي حرمانه
عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور اصلا ويسقط الكلمات المتعلقة به بجد افيرها كما لا يخفى **قوله** ولهما ان الامتناع
لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث اقول ارى دليلهما هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الاطلاق اذ قد تقرر
فيما مر ان الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا اجازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية لشيء للقاتل بدون اجازة
الورثة فكيف يتصور ان يكون الامتناع في قدر الثلث ايضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان
مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الارث ايضا لحقهم فلزم ان يجوز ارث القاتل ايضا باجازتهم عندهما ولم يقل
به احد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد
فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى اقول فيه نظر
لان الكلام ههنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بان احدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام ههنا في ان حرمان القاتل
عن الوصية كحرمانه عن الميراث ام لا ولا شك انه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفي كونهما من جهة
العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى ان تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد في ارتفاع احدهما دون الآخر وبعبارة اخرى ان الميراث
وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا ان حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا يجوز
ان يعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وصنعه **قوله** ولانه خص بالحديث الذي رويناه قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه
اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيخص بعض ولاده في العطية انتهى اقول هذا خبط ظاهر من الشارح المرقوم اذ لم تتقدم الهبة في كتاب الهبة ذكر حديث فيمن خص بعض اولاده في العطية بل تقدم
منه ثمة ذكر تلك المسئلة فقط فكيف يتصور الحوالة عليها ههنا والصواب ان المصنف رحمه الله ههنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في
الحديث الخ في الوصية من اكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث والوصية للوارث انتهى **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه قال صاحب النهاية ومعراج الدراية

واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما دونه وكان الامتناع لحقهم فيقوى باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه ويبطل في حق الرد

على عكس الوصية بتاويل الايصاء وقال صاحب العناية اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء المذكور رده عليه التاويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بانها لا المذكور فالاولى اوما ذكر انتهى اقول رده ساقط لان الوصية انما يكون هي المذكورة فالاولى بتاء التانيث لا المذكور لان لو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف التعريف وقد تقرر في علم الادب ان الالف واللام في اسم الفاعل واسم المفعول عند غير المازني من عامة ائمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم فاعل او مفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم المفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التانيث بصلته لعدم علامة التانيث في لفظ ذلك الموصول فانه في اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمؤنث ايضا كلمة ما وكلمة من كما صرح به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر في كلمة ما ايضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات اهل العربية يؤولون المؤنث التي عبر عنها بضمير المذكر او باسم الاشارة المذكور في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير ايضا بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم تاويل المذكور في امثال هذا المقام ان يقال تاويل الشيء المذكور على ان يقدر الموصوف المذكر كان الامر اسهل وارتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح خاطبة قالوا في تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت قال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه بهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل لصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك يبطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور واري ان اطلاق المصنف رحمه الله يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محرزا فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والام ليس بمحرز فيكون وارثا عند الاقرار وان كان يحجب باولاد الاقرار للوارث باطل انتهى اقول فيه نظر لان هذا التوجيه لا يحسن مرادا المصنف رحمه الله بالوارث ما يعم المحجوب وتقابل المحروم وليس بسديد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده بقوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ايضا ذلك اذ لا لم يتم قوله واقرار المريض للوارث عكسه فان امر الانعكاس انما تحقق عند اتحاد المراد بالوارث في الموضعين ولو كان مراده بالوارث هناك ايضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى ان الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصي يجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه ونقله الشراح باسرهم عنه من قبل وهو انه لو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام ومبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر ان المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد في صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب العناية رد على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال وذكر في صيامات الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة متبينا قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال ثم قال فعن هذا عرفت ان ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو انه قال اقر لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في المعنى للمولى والمولى اجنبي منه انتهى اقول بالسامي هنا صاحب العناية نفسه فان

قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة صاروا مسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

ذلك البعض الذي يشبه السهو اليه فان المص ره ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا عن كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتي واعترف صاحب الغاية ثمه بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف ره هناك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من انه سهو منه لا يصح نقله عنهم في ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف الكفاية وحلية الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد ان فسر قول المصنف ره واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله اي يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا يملك المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى اقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار ان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال لو اقر لوارث ثم خرج من ان يكون وارثا بان اقر لاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان للبعض المتاخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة الاطناب الممل **قوله** قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر قال في الكفاية اراد به الذمي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى اقول فيه ان قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب انما هما من كلام المصنف ره فكيف يصح جعل كلام المصنف ره دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على ان المراد باهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستامن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستامن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف يكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون ما يعم الحربي المستامن وقد صرح في المحيط وغيره بانه يجوز ان يوصي المسلم للحربي المستامن في ظاهر الرواية كما يجوز ان يوصي للذمي نعم يجوز ان يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلا على حمل المصنف ره مراد القدوري بالكافر على الذمي وان لم يكن دليلا على ان يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي واما ما ذكر المصنف ره رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربي الغير المستامن فلا يكون دليلا على حمل المص ايضا اياه على الذمي فقط كما لا يخفى **قوله** وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة قال شراح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز ويثبت الملك لانهم من اهل الملك انتهى واقتفى اثرهم صاحب الكافي في شراح هذا الكتاب اقول والانصاف ان لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر عندهم ان الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع الصغير لفظة فاسدة مثلا لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم اقول لعل الرأي هنا رأي صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشائخ فيه منهم من وفق بينهما ذكر في الاصل وبينما ذكر في السير فقال لا ينبغي للمسلم ان يوصي للحربي كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جاز ويثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير ان الوصية للحربي باطلة وصورة المذكور ثمه لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ وصيته لم يكن له من ذلك بشيء وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تحتمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في اصل المسئلة ونص على البطلان

قبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته او رده فانذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة وكلامنا في الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها فالوارث كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا

في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتامل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد ان ذكر التوفيق ان المذكور في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية قال اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستامن فان للحربي ما دام في دار الحرب من يقاتلنا بخلاف المستامن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه اقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط والوصي مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن ان يكون المستامن هو المراد مما ذكر في السير الكبير **قوله** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او رده فانذلك باطل قال بعض المتاخرين لا يخفى ان بيان وقت القبول حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن ان يتوسط بينهما مسئلة استحباب الوصية بما دون الثلث انتهى اقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لان بيان وقت القبول اذا كان حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي ان يقدم انما هو ما حقه ان يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم ان يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المص فكانه اراد ان يقول لا يخفى ان بيان وجوب القبول حقه ان يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره حيث عكس الامر **قوله** ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم اقول لقائل ان يقول كما ان في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة اغنياء كانت الصلة لهم حقيقة منهم والصدقة اولى من الصلة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث اولى من تركها فيما اذا كانت الورثة اغنياء ويستغنون بنصيبهم فينبغي ان يكون التكميل ايضا اولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة اغنياء ولتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب ان في التنقيص اصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لا اصلها لتحقق اصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن اصلها اي بالكلية وليس في اختيار التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بالفضيلة الواحدة وهي فضيلة الصدقة ولا ريب ان العمل بهما اولى من العمل باحدهما فقط **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها اقول ولقائل ان يقول قد حكم فيما مر بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء ولا شك ان المستحب هو الذي كان فعله اولى من تركه فما معنى الترديد هنا بان الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الى آخره والجواب ان الاستحباب في قوله سابقا ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث ليس ناظرا الى قوله ان يوصي الانسان بدون الثلث اي مسبب الافادة في ذلك الكلام قيده لا تفسيرا له اي معناه ان التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي ان يكون التنقيص من الثلث في الوصية اولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف رد في تعليله لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافي ان يكون ترك الوصية بالكلية اولى من التنقيص عن الثلث ايضا في بعض الصور فبين المصنف رد ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية اولى وان كانوا اغنياء ويستغنون بنصيبهم فالوصية اولى فلم يكن ترديده بالتفصيل ههنا مخالفا لما سبق انفا بل كان يلاحظ ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح والكاشح العدو الذي ولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان الحديث حينئذ انما يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم

وان كانوا اغنياء ويستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يستغني به وجه الله تعالى وترك اصل الوصية يخير
لا يخلو كل منهما اما نفيسة وهو الصدقة او النفلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي له قوله تعالى من بعد وصية اخت الميراث
اذا اوصى بها خلافا له لانه انتقال الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد لمحل لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقوله اما الوراثة فتثبت فيها هذه الاحكام فثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الله تعالى وصية واحدة وهو من يموت الموصى
ثم تموت للموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان يقبل الوصية ما بقيا ان الملك موقوف على القبول كما لو اشترى قبل قبوله
وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ بموته واذا وقعت لحي الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما
في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط به لم يجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه
فرض والوصية تبرع وابتداؤه بالاهم فالاهم الا ان تبرعه اللزوم لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على المحل المشروع لحاجته اليها وقال الشافعي لا تصح وصية الصبي وقال
الشافعي لا تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفعله اديانه وهو الذي رآه الحلو ولا بد نظرا له بعرفه الى نفسه في بيت الرفق ولو لم
تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر
محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه واحرز دفنه وذلك جائز عندنا

الكاشح لا على افضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد تنبه البعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي تمام المدعى ولذلك لا يصدره باداة
التعليل انتهى الا ان قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام التعليل ههنا سواء صدرناه باداة التعليل او لم نصدره بها ولهذا
صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتاخرين كانه قصد رفع ذلك القصور واصلاح المقام فقال
في شرح قول المصنف ولما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي كل صدقة على القريب اولى من الصدقة على غيره اقيم دليلا مقامها
وهو قوله وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص
الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى اقول ليس ذلك ايضا بتام فانا ان اغمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على
افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح يمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها
على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذي الرحم انما يدل على ان لكون المتصدق عليه ذا الرحم تاثيرا في افضلية الصدقة كما ان لكونه كاشحا تاثيرا فيها
ولا يلزم منه ان يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح افضل من التصدق على ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء احد سببي الافضلية المستفادين من الحديث
المزبور فمن اين يعلم افضلية احدهما من الآخر تامل تقف **قوله** وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من
القريب والاولى اولى اقول لمانع ان يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقا والاجنبي الموصى له قد يكون غنيا ايضا فلم يثبت اولوية الوصية من تركها على
الاطلاق فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فتدبر **قوله** ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب الغاية
صورة الاول ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثاني ان يوصي بجميع ماله للانسان ثم باع شيئا
من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى اقول في تصوير الثاني بما ذكروا نظر لان الموصي اذا باع شيئا من الموصى له يصير راجعا عن وصيته كما سيجيء
تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوته ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصيته بما باعه من التركة ببيعه وعدم
تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب **قوله** ومن اوصى وعليه دين محيط بماله لم يجز الوصية لان الدين
مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع اقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكوة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى في
التعليل المبسوط بان يقال بانه حق العبد واداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد يكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله
الفائتة كالحج والزكوة ونحوهما وايا ما كان يقدم الدين عليها اما في الشق الاول فظاهر لان اداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة واما في الشق الثاني
فلان الدين حق العبد وحق العبد يقدم على حق الله اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف في محله **قوله** والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
يعني كان بالغا محتلما على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية الشيء باسم ما كان عليه كذا في الغاية وغيرها او كانت وصيته في تجهيزه واحراز دفنه وذلك جائز
عندنا قال صاحب الغاية وفيما نظر عندي لانه صرح الراوي لانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية تجهيز نفسه وكيف يتحقق ان يقال انه كان ادرك لكن يسمى غلاما
مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى وذكره صاحب الغاية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال وردبانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم
وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية في التجهيز واحراز الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى البلوغ حقيقة فيجوز ان يكون

وهو يجيز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالمريض
فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافذا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى بمرمات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا
اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب
لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل البيع وقيل على
قول ابي حنيفة رح لا تصح عنده وتصح رح الحال مكاتبه يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيهما معروف عرف في موضعه

الراوي نقله بمعناه وقوله انه اوصى لابنه عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه انتهى اقول ليس في ذلك الجواب بسديد اما اولا فلانه اذا كان لفظ البائع
في الاثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى النافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في اصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي
لزم ان يكذب في مسئلة ولا يخفى ما فيه واما ثانيا فلان قوله وقوله انه اذا اوصى لابنه عم له بمال اياه لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه ممنوع جدا فان معنى اوصى
له بمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه لا يكاد ان يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر انه اوصى الى ابنه عم له الكلمة الى يدل كلمة اللام لم يلزم التنافي
لان معنى اوصى اليه جعله وصيه فيجوز ان يكون ابنه عمه وصيه في تجهيزه وامر دفنه ولما كان المروي في ذلك انه اوصى لابنه عم له بمال لم يبق للتاويل المذكور مجال فجعله
وهو يجيز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه قال في الغاية قوله وهو يجيز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة الى قوله فالترك
اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه انتهى اقول فيه اشكال لانه ان اراد ان قوله كما بيناه اشارة
الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة الى آخره اي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما مضى عند قوله وان كانوا اغنياء يلزم ان لا يتم كلام المصنف ره ههنا فانه انما
يمشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رح ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا اغنياء ويلزم ان لا يصح
قول الشارح فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه اذ لا افضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان اراد بقوله الى آخره الى قوله والموصى به يملك
القبول ليتناول صورة ان كانوا اغنياء ايضا يلزم ان لا يجري كلام المصنف ره ههنا وكلام الشارح ايضا في صورة ان كانوا اغنياء الا على القول الضعيف
المذكور هناك يقبل وهو التخيير بين الوصية وتركها لا على القول المختار المذكور هناك اولا وهو كون الوصية اولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال
عن نوع من الاختلال قال البعض المتاخرين ههنا بعد نقل ما في الغاية وفيه ان التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى اقول ان قيله ولا حاجة اليه في المقصود وليس بصحيح
اذ لا افضلية في الترك في صورة ان كانت الورثة اغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار او الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما لا يخفى
فيما سبق والمقصود ههنا هو الجواب عن قول الشافعي ره ولانه نظر اليه بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب ان ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف ره ههنا وهو
يجيز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا اغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار
فيها يكون الوصية افضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة ايضا وعن هذا اورد بعض الفضلاء
على ما في الغاية ما اورده ذلك البعض ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك اورده المصنف
بصيغة التمريض **قوله** ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر وقت الوصية اي يجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في
بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط ان يعلم انه موجود في البطن وقت الوصية له او به بان جاءت به لاقل من ستة
اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف ره او من وقت موت الموصي بان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من وقت موته على ما ذكره الفقيه ابو الليث في نكته الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في الغاية وغاية البيان
قال بعض المتاخرين بعد ان شرح المقام بهذا المنوال اقول ليس معنى هذا الاختلاف على الاختلاف في انه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت
موت الموصي اولا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية ايضا لاتفاق مشائخنا على ان الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا
لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيخان والسيجي ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي

قال وتجوز الوصية للحمل فان كان اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض مال المورث
حتى خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد فانه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا

الفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك وبدليل ماذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان وليس لفلان
ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين ان منشاء الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها
الطحاوي ولم تتبين لما غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وفسد لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت
الى هنا كلام ذلك البعض اقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشائخنا على ان الشرط لصحتها وجودها وقت الموت فقط لا وقت الوصية ممنوع
كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان ان المعتبر لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى او وجوده يوم الوصية فذكر هناك ان حاصل
هذا الفصل ان الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده ويوم الوصية حتى ان من اوصى لانسان بعين لا يملك ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية
واذا كان العين الموصى بها في ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في
بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتعلق الوصية به فلو قال اوصيت لك بثلث غنمي او بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية
لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصى اغنام بعد ذلك قبل ان يموت لا يكون للموصى له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة
يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى فاذا اوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له
ولم يتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر بذلك ان المعتبر لصحة الايجاب في اكثر اقسام الوصايا وجود الموصى به وقت
الوصية لا وقت الموت فلا معنى لقوله لاتفاق مشائخنا على ان الشرط لصحتها وجودها اي وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا وقوله
في تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودها اذ ذاك دون وقت الايجاب وليس بتام لان بسبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز ان يعتبر وجودها
وقت وجود ذلك السبب كما يجوز ان يعتبر وجودها وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا نشاء الاختلاف الواقع بين المشائخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ماذكره
الامام قاضيخان وسيجيء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان الموصى له ثلث ماترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا
على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله اوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصى به
معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي سيجيء في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في
اسم المال واما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر انفا وقوله وبدليل ماذكره صاحب المحيط
نقلا عن الاصل هذا اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه
ليس بتام لان ماذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه ان يكون الجواب في غير ظاهر الرواية ايضا كذلك سيما عند الطحاوي فمن اين ثبت
الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع لم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين ان منشاء
الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم تتبين لما غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا
في بطنها وفسد لا يكاد يصح اذ لا نسلم بعد ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت بما في بطنها بكذا كونه موجودا وفسد بل يكفي كونه موجودا وقت موت الموصى
لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من اساطين الفقهاء سيما اصحاب ظاهر الرواية ان لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغي ان ينسب الى
احد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت بحكم بحت بل المعنى لما ثبت وتحقق

[illegible]

قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح

في بطنها واما كون ثبوته في وقت الوصية او في وقت الموت فامر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما المعين له شيء
آخر هو محل الاجتهاد بين الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بان قال وجه ما ذكره الطحاوي ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية
ان وقت نفوذ الوصية واعتباره في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم ان كلام صاحب الكافي ههنا انما يظهر بالاول
دل اوله على ان اعتبار المدة من وقت الوصية فيما اي في الموصى له وبه آخره دل على انه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجه انتهى اقول ان صاحب الكافي
قال في اول كلامه ويجوز الوصية للحمل بالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره واما الثاني فلانه يجري فيه الوراثة فيجري فيه الوصية
لما مر ان الوصية اخت الميراث وقد تثبت لوجوده يوم الموت حتى جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان احدهما ان يكون المضاف
مقدرا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى ان وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق اول كلامه آخره وقد اشار
صاحب معراج الدراية الى تاويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلام ما ذكر في المبسوط وثانيهما ان يكون مراده بايراد آخر كلامه مخالفا لاوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين في
تعيين اول المدة التي يعلم بها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من فينك الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجه ثم انه اخطا في قوله وآخره دل على انه من
وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لانه قال فيه واما الثاني ولا ريب ان الثاني في قوله ويجوز الوصية للحمل بالحمل
هو الوصية بالحمل ثم ان الزيلعي قال في شرح الكنز وذكر في الكافي ما يدل على انه ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى اقول
ليس ذلك ايضا بسديد لان عبارة الكافي في اول الكلام هكذا ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ولا يخفى ان قوله من وقت
الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا اقل من ان يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن اين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية
بما اذا اوصى له نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا اوصى بالحمل وبهذا يرى المخالفة بين اول كلامه وآخره
والمخلص باجتناء آنفا من احد الوجهين فتبصر **قوله** واما الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية قال صاحب العناية في شرح هذا
المحل واما الثاني وهو الوصية به فلانه اي الحمل يعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية والموت
وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى اقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله او الموت في قوله من وقت الوصية او الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح يقتضي ان الاصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت
الوصية لا محالة اذ على تقدير ان وضعته لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية اصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها
زمان وضع الحمل اكثر من ستة اشهر من وقت الوصية وهذا مما لا يستره به **قوله** ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا ولكنه يلتحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح اقرارها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الا حملها
فالبيع مع امكان جريان مقدمات هذا التعليل هناك ايضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو انما لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناؤه من ذلك العقد والحمل
مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه
منها كما سياتي في التعليل الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلا معنى للمغالطة ثم ان صاحب العناية قال في شرح
اول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها
وسراويلها مما يتلبس بها انتهى اقول مقتضى تقريره هذا ان يكون قول المصنف ره لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى القياس من الشكل الاول كبراه مطوية

وقال ابو يوسف لا يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا

وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية وان يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو انه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف او المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف رح في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء بالولاء لدخل تحت اللفظ وعلى كل حال من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل واما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن ان يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا ان لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز ان يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولها حيث قال ان اراد مقصودا فليس كذلك وان اراد تبعا فالحمل كذلك انتهى اقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك ان المراد ان اسمها يتناولها مقصودا وقوله فلا يكون كذلك في الحمل ليس بشيء اذ لا ريب ان اسم الجارية فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع اجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايصاء الجارية بدون يديها او رجليها ونحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون اجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال ايضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف رح في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها اياه فجاز ان لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل كيف يصح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه لكان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار ان ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار ايضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتامل في الفرق انتهى وقصد بعض المتاخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكروا في كتاب الاقرار انه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فللمقر الدار والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام قصدا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به ههنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولم يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غاية ان يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى اقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير ان لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له واما على تقدير ان يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك اصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء ان حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير ان يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين اول الكلام وآخره في امثلة الاستثناء وقد ظهر انه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار فظاهر انه لا مصير الى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد ايضا اذ لو كان الامر كذلك لما احتيج الى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمسئلتنا هذه ولزم ان يكون ذلك من قبيل التزام ما لم يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية صحيح بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة **قوله** وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا قال بعض المتاخرين قلت هذا الكلام ظاهر اذا كان النفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها واين هذا من ذلك انتهى

وكون ان الجحود نفي للماضي لا انتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا الا ان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في
الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحودا النكاح فرقة وقال لمن اوصيت به اوصيت به لفلان فهو حرام وبه لا يكون رجوعا لان الوصف
يستدعي بناء الاصل بخلاف ما اذا قال في باطلة لانه الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان الثاني ليس للسقوط لكنه تغيير الذي بخلاف ما اذا قال
تركت لانه استقاط وقال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر كان
الحق بينهما لتحقق الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وابى يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا انه كان فلان
الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فيه الاول فلو كان فلان حين
قال ذلك حيا فمات قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

اقول ليس المراد بقول ابي يوسف ان مجرد الوصية يكون رجوعا عنها ان الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد انهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت
الملك للموصى له في تركة الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى النسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم وبنى استدلاله المذكور
على الثاني دون الاول فلا محذور على ان ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف رد في التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتأمل
فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت قوله ولمحمد رده ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا قال
صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولمحمد رده ان الجحود هو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة
ذلك لاستمرار ذلك الى ثبوته بالمغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من
ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل اسم كان في قول المص واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم لان
الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف رد لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح ان يكون اسم كان في قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب واما ثانيا فلانه لو كان
المراد ذلك لزم ان يكون قول المصنف رد في الحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا كما لا طائل تحته فان ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا
من غير فصل بين ان يكون ثبوت ذلك في الحال او في غيره من الازمان واما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق فائدة قول المصنف رد والانتفاء في
الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه اوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له اصلا سواء كان الانتفاء في الحال
من ضرورة ذلك او لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها
الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى اقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما يلزم ان لو كان معنى كلام المصنف رد واذا كان الوصية او الحق ثابتا
في الحال لعدم كون الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء الجحود ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض انه اوصى فيما مضى ثم جحد
كان الجحود لغوا حيث كان النفي الماضي باطلا لظهور الكذب فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة قوله

اولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحودا النكاح فرقة قال في العناية فيه نظر
من وجهين احدهما انه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف
والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول لان قوله نفي في الماضي والحال معناه
نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا ينافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من
مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير لا يخفى اقول يرد على جوابه عن النظر الثاني ان جواز استعمال الجحود في الرجوع جوازا لا يتوقف على
اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية ان لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازا اصلا بل يجوز
ان يكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وان كان الجحود نافيا في الماضي ايضا كما افصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في
الذخيرة والمبسوط والاصح قول ابي يوسف رد ووجهه ان الجحود كذب حقيقة الا انه يحتمل الفسخ مجازا فيحتمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر
الامكان وامكن حمله على الفسخ لان الموصي ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذ احد احد المتعاقدين لان هناك يقدر حمله على الفسخ لان احد المتعاقدين هناك
لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم اتزوجك لان هناك ايضا تعذر حمله على الفسخ لان النكاح

باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لأن حق الإجازة لهم لا إجازة على ما نقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وإن أوصى لأحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وهناك الثلث يقسم بينهما على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما والأكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما أعني الورثة أسهم عند أبي حنيفة رح والثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة رح الموصى له بما زاد على الثلث كما في الجملة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلاف هذا لأن الموصى له فيه شيئان الاستحقاق والتفضيل وانتظم الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فثبت كما في الجملة ولهما أن الوصية وقعت بغير الشرع وعند عدم الإجازة من الورثة إذا لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت تبعا للاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بدون مواضعة الإجماع لأن لها هناك أي الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهو ما إذا أوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هذا الحق متعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما في الورثة

قال وإذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه صح لأن الأول وصية بمال الغير لأن نصيبه لا يعرف به بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء مقدره وإن كان يتفق ربه فيجوز وقال زفر رح يجوز في الأول أيضا نظرا إلى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا **قال** ومن أوصى لهم من ماله فله أن يعطي سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتمم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا فلا يستحق الوصية والأقل متيقن به فصرف إليه ولأبي حنيفة رح أن الإزادة على الثلث غير مرادة عليه لأنه لا يزيد عليه عند عدم إجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي عليه السلام فيما يروى

لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق إذ لا مشابهة بينهما لأن الجحود ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفي انتهى تبصر

باب الوصية بثلث المال لما كان أقصى ما يرد عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي يتعلق بها في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية **قوله** وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث أشار بهذا الكلام إلى صورة نقض ترد على وجه الفرق لأبي حنيفة رح بين المسائل الثلث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما إذا أوصى بعبد بعينه للإنسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لإنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فإن الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع أنه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بأن كان عبدا أوصى به لرجل وثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وإن احتمل أن يكتسب هذا العبد بالاقتصار قيمته مساوية لثلث المال أو نظيرا له بحيث يصير العبد ثلث المال انتهى أقول فيه خلل لأن الموصى به يصير إذ ذاك هو العبد وثلث المال لا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة وإن زاد مال الميت جدا لأن العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون إجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلث المجمع عليها حيث أمكن في باقي المسائل الثلث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن يكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة رح هنا بل إنما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل **قوله** لأن هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل أنه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية في الألف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار إليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد نقل ما في الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحاباة فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث انتهى أقول ليس هذا النقض بوارد لأن المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لأنها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل انتهى **قوله** ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتمم له السدس ولا يزاد عليه اعلم أن هذا المحل من مدارس هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لإيراد المثل هذا التركيب المفصل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما إذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم إذا كان أخس السهام أزيد من السدس انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن قول المصنف رح في تعليل قول أبي حنيفة رح في هذه المسألة وله أن السهم هو السدس إلى آخره يقتضي أن يكون ما للموصى له في هذه المسألة عنده وهو السدس مطلقا أي سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه لو زاد عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فإن في رواية الجامع الصغير تجويز الزيادة على السدس دون النقصان عنده والتعليل المذكور ينافي ذلك قال صاحب العناية فإن قيل أخس الأنصباء أقل والثمن أقل

وقد يذكر ويراد به السدس فان قيل ما سلمتم ان الثلثة عبارة عن السدس وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى مذكرنا قلنا لو امتنع كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء

من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة انتهى اقول الجواب منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لا جعل اخس الانصبا الذي هو اقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان اقل الانصبا باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس واما الثمن فانما هو اقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا في مزاحمة ما هو اصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على اقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء بسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة رح النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف رح مخالف لكل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله لا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية اقول كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بان ابا حنيفة رح جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف رح ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان ابا حنيفة رح لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما واورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تامل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص اخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف رح من قبل ابي حنيفة رح بقوله وله ان السهم هو السدس الى آخره يقتضي لا محالة ان يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي ان يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لان يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر انفا قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره قال صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما فيعطى الاقل منهما فسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني انه كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس بما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة معللا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس قوله قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فانه عمل بالدليلين انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على قوله فان قال في الكتاب لا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون اخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب انتهى اقول قدمنا غير مرة ان قول المصنف رح في تعليل هذه المسئلة من قبل ابي حنيفة رح بقوله وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان اراد به الاقل منهما فالاعتراض المذكور هو الاداء الى النقصان عن السدس انتهى وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن قوله وايضا قوله ما ذكرنا الى آخره حيث قال لم لا يجوز ان يكون معنى الكلام ان السهم يذكر ويراد به السدس ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعيينه باثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء لان اثر ابن مسعود رض هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره

ذلك القائل كان مدار هذا الدليل ايضا اثر ابن مسعود رضه فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية واري ان المراد بقوله ما ذكر اولا هو الاقل فيهما
ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله
الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين انتهى اقول هذا الذي ذهب اليه معنى سقيم جدا لا ينبغي ان يعد
العاقل فضلا عن مثل المص الفطن الكامل فان قوله فيعطى ما ذكر ناظر ذكر لبعد واقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير
كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة في الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور في الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع الصغير
مما لا محصل له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين **قوله** ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول
القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال صاحب التسهيل اقول دل هذه المسئلة على ان احد الواقفين مجهول
كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو اقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي ان يقبل ويجبر على ورثته البيان انتهى ورد على قوله
بعض المتاخرين حيث قال يجوز النقل بذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار لو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه
بطلب المقر له فاذا فات الجبر في حيوته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم يثبت عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي
فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احيا الحق ثابت انتهى اقول ليس ما ذكره السديد لا منهم صرحوا بانه ليس من شرط
القياس ان يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكتفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه فيجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول
في كون تعلق حق الغير به في الاقرار من وقت الاقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر لصحة القياس التفهيم ما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق في العلة التي
هي مدار الحكم وهو ليس بمتحقق هنا فانه لما كان منشأ مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احيا الحق ثابت بالوصية كان ينبغي ان يثبت الجبر
بالبيان لورثة المقر بالمجهول ايضا اذا مات مجهلا احيا الحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر في حيوة المقر لوفاته سقط ان اراد به انه سقط عنه
الحق اصلا فليس بصحيح اذ لا شك انه لا يسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان اراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه و
ان كان بقي اصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا تم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقي حق المقر له عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء
بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تامل تقف **قوله** ومن قال سدس
مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي او اجازته الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لان الكلام الثاني يحتمل انه اراد به زيادة السدس
على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في
الثلث حملا لكلامه على المتيقن هذه زبدة ما في الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما يرى حمل للكلام على احد محتملية ولك
ان تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به متعينا على الاحتمالين الثلث قلنا ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا نطريق حمله على احد محتمليه
كما زعموا بل بجعله بمنزلة ان يقال هذا ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا باولهما الى هنا كلامه اقول ليس هذا الشيء اذ لا شك ان
المتيقن ثبوت الثلث باول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول تقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما
يفيد جواز زيادة النصف ولا تاثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه قال صاحب العناية

[illegible]

قوله ومن اوصى لزيد وعمرو وثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد

لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار قال صاحب الغاية في شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وراثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث انتهى اقول في تقرير الشارح المذكور هنا قصور اما اولا فلانه اضاف الى اندفاع الاشكال بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس باهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل ان اضافة الحكم الى الاصل دون الفرع واما ثانيا فلان الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ان يكون المراد المزاحمة المنفية في قول المصنف ره فلا يزاحم الحي هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا اوصى لزيد وعمرو وثلث ماله وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع ان العلة هناك ايضا التزاحم وان التزاحم فيما نحن فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصي لا في حال الملك اذا كان احدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصي بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه انتهى واما ثالثا فلانه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال بمسئلة اخرى ايضا بعبارة الكتاب وهي اي تلك المسئلة اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي فان للباقي منهما نصف الثلث هناك ايضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليلين المذكورين في الكتاب يفيدان اندفاع ذلك ايضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما افاده صاحب النهاية حيث قال وهذا التعليل خرج الجواب عما لو ورد شبهة على هذه المسئلة بان قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو اوصى لزيد وعمرو وهما في الحيوة ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث من نصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث ولكن هناك كان النصف الآخر للموصي لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم

وزال الشك فتخ ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل **قال** ومن اوصى بثلث ماله لامهات الاولاد وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم **قال** رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان وجه اصله ان الوصية لامهات الاولاد والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما ان الزكوة تحل لهما وان المذكور لفظ الجمع وادناه ثلاثة والميراث لاثنان فيجب ذلك والقران فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فيبلغ الحساب خمسة والثلثة للثلث **قال** ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد له ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه **قال**

وراثة فيه تمامه كموت احد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات احدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من وجب له عند وجوب الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات احد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل واحد منهما اهلا لايجاب الوصية له فيبطلان حق احدهما لا يزاد نصيب الآخر كما لو رد احدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا كله على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من اهل الوصية له فانما ينتقض حقه باثبات المزاحمة ولم يثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللموتى فالثلث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر **قوله** ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له ولا غنم له الواقعة في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان يكون له شاة لاحتمال ان يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة اصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن هذه احوط انتهى كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد يصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع انتهى وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين انتهى وقصد بعض المتأخرين ان يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وان الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم ان الغنم جمع او اسم جمع لا اسم جنس ان نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب كما هو الصواب وانه لا يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم تتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه اقول الظاهر عندي ما ذكروه في تعليل هذه المسئلة ان يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فيصير الوصية لشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما اضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير ان يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكن المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ما اليها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به وما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة اصلا انه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وانه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية لشيء معدوم ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح انتهى تأمل **تنبيه** واصله ان الوصية لام الولد جائزة وبه استحسان وكان القياس ان لا تصح الوصية بام الولد لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت انتهى وانما يستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق محلها وهي انه استحقته الوصية وهي امة والوصية لامة لشيء غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد بالضاء وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في خاتمة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة اقول فيما ذكروا

موضع

ف لا تصح للاسم جنس الشاة

[illegible]

في وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها اذ لا شك ان ام الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته ففي بعد موت مولاها حرة فلم يكن الوصية للام الولد وصية للامة في شيء فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوا في وجه الاستحسان وعلل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالا اما جواز الوصية لامهات اولاده فلان اوان ثبوت الوصية وهما بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فيجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في النهاية فان قيل الوصية تثبت المال للعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية تثبت المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا او مضافا بخلاف ام الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية تثبت المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له تثبت المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا لتوارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ النهاية اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السوال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكرا قبلهما على الوجه الذي قرره لان التردد الواقع في هذا السوال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس فان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار والفرق بين ام الولد والعبد الموصى له تثبت المال علم في جواب السوال الاول قطعا فلا معنى للاعادة **قوله** ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معها فله ثلث كل مائة قال صاحب النهاية وهذا الاستحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما يثبت المساواة اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المال انما اخذ مثل كل واحد منهما نصف المائة جعل له مائة فلا يثبت مساواة بينهم فعلم بهذا انه اشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشتراكهما اياه مع كل واحد منهما منفردا انتهى وافتى اثره صاحب العناية اقول فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به الجوهري فيقتضي لفظ الاشتراك التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصي للثالث قد اشركتك معهما اشركه معهما جملة واحدة اي التسوية بين الكل لا اشركه مع كل واحد منهما منفردا اي تسوية مع كل واحد بنصف نصيبه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان الجوهري من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فمعنى كلام الموصي لغة وعرفا احدهما لا غير فلم تصح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكره وعن هذا لم ار احدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو ان التسوية بين الكل لا معنى لها في امكن تحقق المساواة بين الكل الا على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه علما باللغة والمكان وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه **قوله** والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان يعني لا يحكم به الا اذا اقر بيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان اوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة اعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان كما مر في الكتاب فتامل **قوله** واذا اعزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق ووصية في حق التقييد الى آخره قال صاحب العناية حاصله انه تصرف بشبه الاقرار لفظا وبشبه الوصية وتقييدا فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبهة الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين انتهى وقد سبقه

وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره **قال** ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل في حق الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به بما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها لصلاحهم بالاجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى لقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي لا يصح الا اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يستقل الكل فلا يكون مفيدا ولا ينشأ حصة احدهما متزاحمة عن حصة الاخر فيبطلان **قال** ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فصلح ثوب لا يدري ايها هو الورثة تجد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستوفي هو الاداء لما انه تمنيه صحة القضاء وتحصيل المقصود فيبطل **قال** الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا ذلك لانه وهو الحي يفيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الاوسط ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون ولصاحب الجيد ثلث ما بقي له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما فيجعل ان يكون الردي هو الردي الاصاب فيجعل من جعل الاخمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه فيرده **قال** واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رح نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ربع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح مثل ربع نصف البيت لانه اوصى بملكه وملك غيره لان الدار جميعا اجزاؤها مشتركة فنفذ الاول وتوقف الثاني وهو ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسم فما وقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ربع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تنفذ الوصية بثمنه لان الوصية قبل الاقدام على البيع على ما بيناه كالا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع ناقص وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه

تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه اقول فيه كلام وهو ان الحمل بمجموع الشبهين ان كان لمراد واجبا كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعلموا تشبيه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما يقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاء كم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يجعلوا له حكما اصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك امرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لما في الثلث ولا في اقل منه بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا فتامل انتهى وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه انتهى اقول ليس هذا مستقيما فان مراد ذلك المعترض انه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن اين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده ان قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق على الزيادة يدل على ان يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب فتامل ثم ان الامام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه في الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وههنا لزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان يكون الوصايا يستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى اقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الوصية ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم او يصدقوه في اكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة ان يصدقوه فيما شاؤوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة ان يصدقوه في اكثر من الثلث فان اصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا ياخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما ياخذونه بطريق العزل والاقرار فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في ايديهم من جهة العزل والاقرار ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في ايديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي ايضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث التابع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا التصرف بشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا بالشبهين تامل ترشد **قوله** وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك قال بعض المتاخرين ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فلان دعوى الدين يختص بالثلث الذي في ايدي اصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعي فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا يسمع دعواه راسا فضلا عن التحليف **قوله** ومعنى جحودهم

[illegible]

ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك اقول في ظاهر تعبير المصنف ره هنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلثة معا والمفروض في وضع المسئلة ان يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح ان يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فانه بالكذب ظاهر لا ينبغي ان يسمع اصلا فضلا عن ان يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكره شراح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو ان المراد بحجو والورثة ان يقولوا حق واحد منكم لبطل ولا ندري من ابطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم الحكم شيئا والذي يمكن في توجيه كلام المصنف ره ان يكون مراده معنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل ان يكون حقك فكانه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور كتابه

قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة قال صاحب العناية فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة الافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وقد اجاب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الحصر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى قوله المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه انتهى وقد سبقه الى اصل هذا السوال الجواب الكوجداحب النهاية اقول قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جدا حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف ره في المقامين ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف ره في كتاب القسمة وما اطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف ره قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض مطلقا الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الديون وقال ذلك الشارحان سائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على ذلك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لا يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما اجبر القاضي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين والديون تقضى باشباهها فصار ما يودي بدلا عما في ذمته انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور ههنا ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله ههنا ومعنى المبادلة في قوله هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السوال الذي يحيل الشارحان المزبوران لدفعه ما تحملاه ان يقال يعني ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا انه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا لتصحيح التصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المسامحة وسرعة الثبوت وقد افصح عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى ينفرد احدهما بالقسمة ولو اشتريا دارا واقتسما لم يكن لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما اشتري فهي افراز في حق بعض الاحكام الا يرى انه يجبر عليها ولو بنى احدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري اذا قاسم البائع لم يكن للشفيع بعضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكان الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه المبادلة من وجه فجعل افرازا في حكم الوصية تصحيحا للوصية لان بناءها على المسامحة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على الخطر الوجود وكالتمرة في الجائحة واذا جعلوا القسمة افرازا ظهر انه اوصى بما يملكه انتهى مدبر **قوله** وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه لانه عوض ما ذكره

لا يجبر

لقوله

عوضه

والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يومر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل الا خر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز له ان منع كان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في حقهما صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا انتسب الابنان تركه الاب الفا فاقر احدهما ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية واعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقديمه عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة ثلثاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فيأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية ولدت بعد موت الموصي ولد وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حتى كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مقاة على ملك الميت حتى يقضي بها دينه دخل في الوصية فيكون للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رح يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذ من الولد في الجامع الصغير عن صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل فمات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فالموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء عن تقديم الام له ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقص الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى النقض في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل** في اعتبار حالة الوصية

يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ليس قدر ذرعان جميعه ما وقع في نصيبه عوضه اي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه ما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لان الدار بجميع اجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما يتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه وذلك ما وقع في نصيب الموصى فباقيان على حالتهما الاصلية في ملك الموصى وصاحبه فلم يكن قوله اما لانه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا في افادة المطلوب ههنا وهو ان يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة احد البدلين الاثنين وتحرير المصنف رح يقتضي استقلاله كما ترى فتامل **قوله** والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملك يومر بالتسليم الى المقر له الخ اقول فيه كلام وهو ان هذا الفرق انما يتمشى في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصى واما في صورة ان وقع ذلك في نصيب الآخر فلا لان الموصى حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر ملكا له بعد ذلك حتى يومر بتسليمه الى المقر له ومسئلتنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب **قوله** وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده قال صاحب التسهيل اقول مضى في فصل اقرار المريض ان ابنه لو اقر باخ فجحده آخره الآخر دفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر رح ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قال زفر رح ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا نحن ههنا والحاصل انا علمنا ههنا باصل مالك رح شبهه وعمل زفر رح ههنا باصلنا فلا بد للائمة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية او الاتحاد وتحمل ان يكون في المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال بعد نقل قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من اللوازم والبنية للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالآخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها انتهى اقول ليس هذا الشيء فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما بعد في يد احد الآخرين فقط كنصف التركة مثلا والا يلزم ان كون حصة احد الامرين النصف وحصة مجموع الآخرين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما تقتضي كون حصة الآخ المقر له ثلث ما في يد المقر له نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار الوصية بثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض ودون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام ايضا لان المساواة انما لا يكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة واما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث في الابنين وكون اقرار احدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاموال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا في الشروح

[illegible] الاقرار لمن [illegible] او وصى لها بشئ او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهو يعتبر
[illegible] الوصية والهبة لا يعتبر من حيث الحال الا ان يكون حال الصحة او في حال المرض لان الثاني يعتبر عند خلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت
[illegible] الوصية لانه يعتبر حكما لان حكمه يستقر عند الموت لا ترى انها تبطل بالرد
[illegible] قال اذا اقر المريض لابنه بدين وله ابنة نصرانية او وهب له او وصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية
[illegible] الموت وصار الابن عند الموت وصار الابن عند الموت وصار الابن عند الموت ولا اقرار لان مكرما نفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيصح في ايراث قيمة الابن غير ان
[illegible] الوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا او
[illegible] تاملت لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمن هو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان
المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تملك في الحال وهو قول في عامة الروايات من في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال المقعد والمفلوج
[illegible] الاشل والسلس اذا طال ذلك به حتى منه الموت فوهبه من جميع المال لانه اذا قدم العين فصار طبعه كمن طبعه واهل لا يشتغل بالدواء وقد صار صاحب
فراش بمرض حادث وان ذهب عنه ما اصابه ذلك ومات من ساعته فهو من ثلث الدار صاحب فراش كان مخافة الموت ولهذا يتداوى ويتكلون من الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق في مرضه عبدا او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا

قوله واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشئ او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة قال صاحب النهاية وهذا بناء على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا او غير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا انتهى وتقتضي اثره في هذا التقرير صاحب العناية اقول في عبارتهما خلل حيث قالا ان الاقرار تمليك للحال مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بان الاقرار ليس بتمليك بل هو اظهار للمقر به وقالوا ولهذا لو اقر لغيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم فحق العبارة ان يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قاله المص في اوائل كتاب الوصايا فتذكر **قوله** وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام اي لا يصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه لم يكن عليه اي على العبد دين يصح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ما ذهبا اليه في شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام فانهما حملا قول المصنف ره وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع ان الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الاقرار والهبة والوصية لانه كان عاما لها في هذه المسئلة السابقة فانتظام اطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا يقتضي العموم لها في هذه المسئلة ايضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فان ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلث جميعا بلا ريب ثم ان قولهما اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر ههنا ان اراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر ههنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة لم يذكرا ههنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في اشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق فما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الاقرار وان اراد بذلك ان صورة الاقرار لم يذكر ههنا اصلا اي لا صراحة بعينها ولا اندراجا في اطلاق اشارة شئ فهو ممنوع فان مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير ههنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض اقر لابنه وهو نصراني بدين او وهب له هبة فقبضها او اوصى له وصية ثم اسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا انتهى ولا يذهب عليك ان صورة الاقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت اطلاق اشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا فالحق ان مراد المصنف ره بقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا هو انه يبطل الاقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة ايضا لدليل ذكرناه في المسئلة السابقة وان مراده بقوله وذكر في كتاب الاقرار الى قوله قال والتقييد بيان ان في صورة الاقرار رواية الصحة ايضا وكذا في صورة الهبة واما في صورة الوصية فلا رواية للصحة اصلا تبصر ترشد

باب العتق في المرض قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة وآخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل انتهى اقول فيه فتور لان الاعتاق في المرض ليس من انواع الوصية بل هو امر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف ره فكيف يكون هذا من انواع الوصية نعم انه في حكم الوصية اذا وجد في مرض الموت حينئذ حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي ايضا في الكتاب فالوجه ان يقال لما كان الاعتاق في المرض امرا مغايرا لحقيقة الوصية ولكن كان في حكمها افرده بباب على حدة وآخره

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف
واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتداه المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت
فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما تقدم من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان
مريضا فمن الثلث وكل مريض صح منه فهو كحال الصحة لان البر تبين انه لا حق لاحد في ماله **قال** واذا جاء ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند
ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم جاء فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته
في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد
تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ
من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت
وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان ثبوتها بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى
فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا ثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة

من حقيقة الوصية لكونها هي الاصل **قوله** وفي بعض النسخ فهو وصية كان قوله جائز اقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في
الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر ان يقال مكان قوله فذلك كله جائز **قوله** وانما قدم العتق الذي
ذكرناه انفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي اقول في هذا التحرير قصور بل خلل اما اولا فلان قيد
من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به على ان من يلحقه
الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة احد اصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري واما ثانيا فلان قوله وغيره
يلحق الفسخ يوهم باطلاقه ان يلحق الفسخ المحاباة ايضا من جهة الموصي مع انه قال وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام ان يقال
فانه لا يلحقه الفسخ اصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واما غيرها فيلحقها الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي ايضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية
قالوا في تفسير قول المصنف رحمه هنا وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال انتهى اقول ليس ذاك بسديد فان العتق
المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف رحمه عليه فيما قبل حيث قال الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى
ان العتق المعلق ايضا لا يلحقه الفسخ عندنا والحق ان يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الذي ذكرناه انفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق
يلحق بموت الموصي فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ ايضا يساعده لا محالة فان العتق الذي ذكرنا يعم العتق الموقع والعتق المعلق كما ترى **قوله**
واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق
والمحاباة واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تابى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من اهل الوصايا بعد قوله من سواهما
ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك ان يقال اي سوى العتق والذي حوبي له او سوى اهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين
المزبورين وهو لفظ الاهل او لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فبقيت السماجة في
تفسيرهما المذكور لا محالة **قوله** لهما في الخلافية قال صاحب العناية في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني اقول هذا شرح فاسد لان
الخلاف بين ابي حنيفة رحمه وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور
من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يمشيان في تينك المسئلتين مقابلا كلفة كما لا يخفى على ذوي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما
والصواب في بيانها ان يقال وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق في المحاباة او قدم المحاباة على العتق **قوله** ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت قال
في العناية الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا انتهى وهكذا ذكر في النهاية وفي معراج الدراية
نقلا عن الاسرار اقول لقائل ان يقول حكم الايصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت
فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة
التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم اثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت و
كذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي ان يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل ان يثبت في المؤخر فيه فافترقت

وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا جاءني قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق مقدم عليها فيستويان
اذا جاءني قسم الثلث بين العتق والمحاباة الاولى وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعن هذا العتق الاول قال فان مرض وقال ان برئت من مرضي هذا فعبدي
فلان حر وقيمته مائة درهم ولا شيء له غيره فبرئ ثم مات وكانت قيمته يوم برئ ثلثمائة درهم من حيث بلغ ان الوصية مرتبة على الورثة ولا يعتق عبده
وفي الوصية يعتق ضمنا ما يمكن اعتبار الوصية بالعتق لكنه يشتري بماية ويعتق ثم يشتري بمائة ويعتق ثم يشتري بمائة ويعتق لغير الوصية
لانه وصية بعتق فيه حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كالوصية لمن له مائة فهلك بعضها يتم الباقي اليه وقيل هذه المسئلة
بناء على ان الحنث يثبت بالبينة وهو ان حق الله تعالى يسقط بالشبهات عليه ثم دعوى التدبير المستحق عند الحنث دعوى العبد وهي لا تقبل البينة عليه من غير دعوى
فاختلف المستحق فهذا شبه قال من ترك ابنا وله مائة درهم وعليه قيمته ماله وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الورثة ذلك ايسر شيء كان العتق في مرض الموت وان كان
في حكم الوصية وقد قدمت ما دين الثلث لانها تجوز باجازة الورثة لان المنع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان
الدفع قائم مقام الفداء على حق المجني عليه كالمشتري اذا رد بعيب له ان يرد بالعيب لانه يملك الملك من وقت الاخذ لا من ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت
الوصية كما اذا باع الموصى او وهبه ثم رد بعيب او بخيار الرؤية كان الفداء في ماله كتبرعهم الذين التزموه وصارت الوصية لان العبد ظهر عليه الجناية بالفداء كانه لم يعتقه
الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لاقرب الناس الى الميت العتق وقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له
الا ان يفضل من الثلث شيء وتقوم له البينة ان العتق في الصحة كان الموصى يبدي استحقاق ثلث ماله بالتركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث
بمنزلة من يدعي العتق في المرض موصية والعتق في المرض مقدم على الوصية مثل المال لان منكر التقديم الدين لان العتق حادث والحادث تضاف الى اقرب اوقاته والشيء اذا كان الظاهر
شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يقيم الموصى له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في
اثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال الوارث اعتقه في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقا فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة ولا يعتق
ولا يسعى في شيء ان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا فيتعلق الوارث في لام ولحق فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله
ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث واقوى بدفع الادنى تقديمه ان يبطل العتق اصلا الا انه لحق وقوعه
لا يحتمل البطلان فيندفع من حيث المعنى باعتبار السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيسند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة
لان الدين يمنع العتق في حالة المرض تحقيقا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت
الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما هما سواء

الصورتان فتامل قوله وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا جاءني ثم اعتق ثم جاءني قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها
وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية
للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو ينافض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة ره وايضا لو جاءني ثم جاءني ولم يخرج
من الثلث شيء ماذكره ثم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس
لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من
الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لها حكم الوصية وهنا نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر
من وجوه الاول ان السوال الثاني غير متجه على كلام المصنف ره اصلا اذ لم يقل المصنف ره قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى
يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذاك اقوى للاضعف الموخر واما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله وقوع الموخر
اقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع الموخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الاخرى على ما هو المذكور في السوال الثاني فلا اتجاه له
اصلا على ما ذكره المصنف ره والثاني ان الجواب المذكور عن السوال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة للقياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا
لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا انه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك
المقدمة كما في قولنا ا مساو لب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم ان ا مساو لج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي التي ان كل مساوي المساوي مساو والسوال الاول
بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث ان الجواب المذكور عن السوال الثاني مما لا حاصل له فاذا اريد به ان تنفيذ المحاباتين
جميعا ثم نقضهما بعد الموت يرتفع تقديم احدهما على الاخرى فذلك امر لا يساعده العقل وان اريد به ان التقدم والتاخر بينهما باقيان ولكن لا تاثير لهما في
ترجيح المقدم على الموخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السوال المبني على كون ما ذكره المصنف ره ان التقديم يقتضي بعد الترجيح مطلقا فالصواب في
رد السوال الثاني ما بنينا عليه انفا من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا ان التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك
السوال في دفع ذلك السوال الاول لما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحسامية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل اثلاثا لان
المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية وكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو فلنا العتق مساو للثانية بمعنى تخصيصه وهو تقدمه
عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن الاشكال الآخر وهو ان يقال المحاباة ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي ان ترجح على العتق الاولى
لان المساوي للراجح راجح لما مر ان رجحان الاولى بمعنى تخصيصها وهو تقدمها عليه كذا قيل ينبغي ان لا يكون المحاباة الثانية بشيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي رح انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رح وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رح وجه الاولى انهما ان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية

والمساوي للمرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية انتهى فتامل

فصل ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف رح باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح **قوله** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها اقول لتشكيل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي على اصل ابي يوسف رح ومحمد رح فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله وصرفي الباب السابق ايضا مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن شرح الطحاوي قال **قوله** لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر من البداية بما هو الاهم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصي او اخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداية بالنافلة لا يحتاج فلا يقع منه البداية هناك بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك ان يقال الظاهر منه البداية في الاعطاء والتمليك لا البداية والذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي البداية في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع وان آخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو ان يكون المراد بالبداية المذكورة بداية من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الموصي والقاضي ونحوهما لا بداية نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي ان يقصد بداية من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه **قوله** فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر يبتدئ بالاهم يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله في القوة ان كان كلها فرائض وواجبات او نوافل بدئ بما قدم الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بالاهم اقول لقائل ان يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر ان الاهم في حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور اهمية بعضها من بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية او الوجوب او التنفل فالظاهر ان اهمها ما هو اقواه في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصي فان اريد بالاهم في قوله لان الظاهر يبتدئ بالاهم ما هو الاهم اي الاقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم ان الظاهر ان يبتدئ به اذ لا يهتدي كل احد الى معرفة ما هو الاقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض او الواجبات او النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشيء منها دليلا على كونه اقوى من غيره في اعتبار الشرع وان اريد بالاهم في ذلك ما هو الاهم عند المتبدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر ان يبتدئ به مسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداية في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصي في الذكر مع العلم بكون ما آخره اهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هو الاهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا ايضا مع انه لم يعمل به هناك بل هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصي او اخر فلتدبر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تعليل المسائل المتعلقة بهذا التقسيم وضبطها فقال ثم ان الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد خاصة يقدم ذكرها وبالله تعالى اما ان يكون كله فرائض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج المتطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوا فان كان كلها تطوعا فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بداية الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي او آخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم انتهى كلامه اقول في تقريره خلل لان ضمير مفعول

[illegible]

في قوله وان لم يجز بها اما ان يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل او يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كان بينها او غير جامعة فان رجعت الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الى آخره يلزم ان لا يصح قوله فان كان كلها تطوعا او واجبات او تطوع لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع فمات الوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل تكيت يتصور ان تجعل ههنا قسما منها وان رجع الى الثانية فمع كونه ساياه سياق كلامه يلزم ان يكون كثير من الاقسام مع احكامها سلامتر وكافي مقام التفصيل ذلك مثل ان يكون الوصايا كلها فرائض او واجبات او نوافل والثلث يحتمل الكل او لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلامنا قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد اصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور لما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك في التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله او يجمعين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وسياق كلامه آخره لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان تامل تنبه **قوله** وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال الشراح فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور واجبة بايجاب العبد انتهى اقول لقائل ان يعارض ويقول عرف بعض النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي ان يقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب **قوله** قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد الى آخره وفي غاية البيان قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان يقدم على الوصية للانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية انتهى اقول في الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلا منها تقدم على سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ اصلا وقوة المحاباة ايضا من حيث انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ولو لم يعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله هو الله تعالى فقد اختلفت المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض والمعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند ابي حنيفة رح لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف فتدبر **قوله** لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الى آخره قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع لقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان للكفر اذا اطعم بعض المساكين فمات واوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع الاطعام بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة رح عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الدال يعد الدال في الطريق ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفرض الاطعام يتجزى يرضى الوصي لم يجز لزمه رد ما انفقه واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه اقوى وان كان دلالة فعل به الحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعل به الى هنا لفظ العناية اقول السؤال والجواب اللذان ذكرهما لقوله ورد واجيب مذكوران في العناية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الى آخره ساقطا اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان المتجزي لا ينقطع وغير المتجزي ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في المتجزي وانما يضر في غير المتجزي فان كل عمل غير متجزي اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلوة

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابى حنيفة رح وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى وجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وجه قياس ان الجار الجار الجاورة وهى الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد ايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا فى المسجد وفسر بمن سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستجابه وينتظم الملاصق وغيره الا انه كلما كان الاختلاط فذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعى رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى انه ضعيف قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عند الاطلاق ولا يدخل عند هما

دابة غير متحجر فاذا انقطع بموت الحاج فى الطريق وجب ان يحج من بلد الموصى اذا لواجب على الوجه الذى وجب عليه بخلاف العمل التحجيزى فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه ان يبطل من الاصل بل يجوز ان يتمم الآخر ما بقى منه كما اذا اطعم المامور بالاطعام غير المساكين ثم ترك البعض وامر غيره فانه يجزيه كما نص عليه فى الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين الدارين قال فى تقرير السؤال ولم ينقطع ما اطعمه بالموت والواقع فى النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما اطعمه بالموت وفى معراج الدراية بدله ولم يجب الاستيناف هناك بل وجب الاكمال بما بقى بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذى ذكره صاحب العناية بقوله الا ان يقال المتجزى فى الاطعام مستند الى الكتاب الى آخره على ان التجزى ينافى الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب البدل على تجزى الاطعام تعارض اصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور فى حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت ان التجزى لا ينافى الانقطاع بل يتحقق الانقطاع فى المتجزى وغيره الا ان الاكمال فيما بقى متصور فى المتجزى دون غيره فلا يقتضى العمل بالكتاب فى حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور فى حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور ههنا من ضيق العطن كما ترى

باب الوصية للاقارب وغيرهم آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر فى هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدم من احكام الوصايا على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم كذا فى الشروح **قوله** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار انتهى كلامه اقول كل من توجيهيه كاسد اما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى اى لا يدل على وقوع مدخوله فى الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه واما تاخر مدخوله فى الذكر عن المعطوف عليه فيه فامر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثانى بمعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب فى ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك فى بسط المسائل ايضا لتحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب فى الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بلا ريب واما الثانى فلان الاهتمام بامر الجار لو كان واجبا او مستحسنا لفعل ذلك فى ترجمة الباب بان قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله هناك علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فكان حق الكلام هنا ان يساق على سواله رعاية للتناسب **قوله** ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع تصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق اوضحه فى الكافى حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا يرى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق انتهى وعن هذا قال فى العناية فى شرح قول المصنف رح لما تعذر صرفه الى الجميع يعنى تقدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض اقول لقائل ان يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض فى الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ولجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى فى وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى اهل المسجد محلته كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى اخص الخصوص كما قاله ابو حنيفة رحمه الله فتامل **قوله** ولان المقصد بر الجيران فاستجابه بينتظم الملاصق وغيره اقول ولقائل ان يقول نعم ان مقصود الموصى من ايصائه بجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون وغيره لان الجار من الجاورة وهى الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق ايضا من اهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى **قوله** قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى لان اسم الجار يتناولهم اقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوى فيه الساكن والمالك ينافى تقييد المصنف رح فيما مر بقوله فمن يسكن محلة الموصى الا ان يكون مما نقله ههنا عن المشايخ رواية اخرى لكن اسلوب تحريره يابى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتاخرين المفهوم

[illegible]

من قول المصنف رحمه الله ومن يسكن محلة المولى الى آخره اشتراط السكنى في استحقاق الوصية عندهما ملاكا او غيرهم وما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن قال انتهى كلامه اقول ليس هذا بتام لان التخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم السكن في الحر الغير الساكن اذا كان ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير الساكن بمنزلة التصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاق الوصية وان كانوا احرارا وملاكا فانه قال وهذا غير ساكن لم يقل وهو غير مالك للدار فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاق الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض **قوله** لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال بعض المتاخرين ولقائل ان يقول الظاهر دخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على انه لو اعتق قبل موت المولى صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وايضا الوصية بدلا للعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فكذا كان في استحقاق الوصية فالمائل الى هذا كلامه اقول كل من معنى كلامه غير صحيح اما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة واما الذي كان عبدا وقت الايجاب ثم اعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في احكام الوصية عامة هو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح ان يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه واما الثاني فلانه لا شك ان ليس معنى الوصية للعبد ان يملك شيء للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد ابتداء ولكن بطريق الخلافية عن ذلك العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم ان يكون العبد اهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به احد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فكذا كان في استحقاق الوصية تامل ترشد **قوله** ومن اوصى لاصهاره قال صاحب النهاية اي لاقرباء امراته وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المراة انتهى واقتفى اثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا الغاية ومعراج الدراية اقول تفسير الاصهار في هذه المسئلة باقرباء امراته لا يناسب قول المصنف رحمه الله فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلا منهم ليس من اقرباء امراته مع انهم يدخلون في الايصاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف رحمه الله فالوجه ان يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو اعم من اقرباء امراته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار اعم من اقرباء الامراة قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا انتهى وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار ايضا انتهى تدبر **قوله** ولان الوصية تجري مجرى الميراث في الميت يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الوصية تجري مجرى الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع

ولان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ثم قال تعالى لامرأته في الآية وقوله صلى الله عليه وسلم لسودة اخرجي فحجي مع اهلك فلان وهو اهل بيته لان الاهل التي يتبسط بها
ذكر الاهل بيت فلان من جانب ابيه وجده لان الاهل من يتبسط اولو صلة اهل بيت الرجل فالنسب عبارة عن نسبه اليه والنسب يكون من جهة الآباء ومن جهة الامهات لان الانسان يفتخر بآبائه
تعلو منه ابنته حيث يكون من جانب الام لا يكون لولد الابنات ولا يكون لولد الابن ابنة فلان ولا يكون لولد الابنة ابنة فلان ولا يكون لولد الابن ابن فلان ولا يكون لولد الابنة ابن فلان
والوصية تمليك لا يتصور فالوصية في الفقراء لانهم لا يتصورون والوصية لانه لا يتصور حيث تبطل الوصية لانه لا يتصور تمليك على الحاجة فلا يكون صرفا الى الفقراء ولا يكون تمليكا عن الحاجة الى المنافعة وصرف الى البهم
وفي الوصية بالفقراء المساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمثنى بالجمع ولهذا اشتراط الوصايا لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح لان قوله هو قوله لان جمع الذكور
يتناول الاناث ضرورة وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور والاناث مجاز والكلام في حقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او في بيت
يتناول الذكور والاناث لانه يسمى بها الجماعة ثم هو مجاز الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى القبيلة والمولاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
فيه سواء لان اسم الولد يتناول الكل اشتمالا ولهذا من اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما دخل على لفظ الورثة اقتضى ذلك بان تحصل التسوية
كما في الميراث ومن اوصى لموالي فلان وله موالي اعتاقهم وموالي اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف
حتى يصطلحوا لان الاسم يتناولهم لان كل واحد منهم يسمى مولى فصار كالاخوة وكالاخوات الجهة مختلفة لان لكل واحد منها اسما يسمى قول الفقهاء وكل منهم
عليه فصار مشتركا فلا ينتظم بالفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى لا الاسفل لانه مقام
النفي ولا اثنان فيه ويدخل في هذه الوصية من انتقل في الصحة والمرض لانه يعني مدبره واما الاولاد لان عتقه ولا يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت حتى يعتبر من ثلث الاصل

وقد مر في الكتاب انه يجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بالاتفاق ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله وكذا قد مر فيه ان الوصية تنفذ من
عند اجازة الورثة ايا هما على ما تقرر في محله عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ولا يجوز الميراث للقاتل عند احدهما ولو اجازته الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيه اتفاقا في مسئلة الوصية لاختلاف
يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد اصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان اراد ان الوصية اخت الميراث
في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو اول المسئلة ثم ان ابا حنيفة رح اعتبر الوصية
بين الاخوة والميراث في مسئلتنا هذه ايضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه وسيأتي
ما نص عليه الامام الزيلعي في المبينين حيث قال ويستوي فيه الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين انتهى وقد افصح عنه في الكافي
وغيره ايضا ولا ميراث للعبد والكافر اصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم واما الانثى فانها وان وافقت الا انها لا يستوي مع الذكر في الاستحقاق
التبعة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في تلك الامور في مسئلتنا هذه ايضا فكيف يتم الاستدلال على مدعاه ابي حنيفة رح هنا بان الوصية اخت الميراث
فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة على توريث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدل
عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك قوله ولان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله وقوله صلى الله عليه وسلم لسودة تاهل
كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة اقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار باهله نظر لانه انما يدل على ان لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على ان
لا يطلق على غيرها ايضا بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من ان يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من افراد معناه ان لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر
من افراد ذلك المعنى الا يرى انك اذا قلت رايت انسانا يفعل ذلك واردت بالانسان هناك فردا مخصوصا من افراده لا يلزم منه ان لا يطلق لفظ الانسان
بطريق الحقيقة على فرد آخر من افراده في موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب ابي حنيفة رح انتهى وهو اخص من الوصية لاهل فلان بزوجته بل يجوز ان
يتناول غيرها ايضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة رح بقوله تعالى وسار باهله
نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع
انتهى واجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه واقاربها من ضمهم نفقته فان كان معه الارقاء لم يدخل فيه
احد بالاتفاق انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب العناية فان حاصل نظره القدح في الاحتجاج لابي حنيفة رح
بقوله تعالى وسار باهله بناء على ان ما وقع في سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع يابى كون المراد بالاهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك
الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تامل تفهم فالاظهر في تعليل قول ابي حنيفة رح هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابي حنيفة رح ان الاهل عند
الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متاهل وفلان لم يتاهل وفلان ليس له اهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك انتهى ثم تفريع قوله
ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله اقول في التعليل كلام لان

وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم وبدخل فيه عبده قال لمولاه ان لو فرضت ذلك صح لان الحق يثبت
فيما اذا كان لمعتق معتق واحد ولا مولى ولا مولى موالات يدخل فيها معتقوه ولا اولاد دون مولى الولاء وعن ابي يوسف
انه يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق لانعام وفي المولى عتق لالتزام
والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غير لا حقيقة بخلاف موالي اولادهم لانهم
ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر
اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي لورثته لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه
او ابوه لانهم ليسوا بموالي له لا حقيقة ولا مجازا وانما ينسبون اليه بالولاء والله اعلم بالصواب

مقتضى قوله لان عتق هو لا يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت ان لا تجوز الوصية لاحد من هؤلاء اصلا اي لا يلزم حينئذ ان يكونوا ارقاء في حالة اضافة
الوصية اليها الى حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرقيق بشيء غير رقبتها لا يجوز كما نصوا عليه وقد مر
في الكتاب ان الوصية لامهات الاولاد ثلث المال جائزة ولا يمكن ان تعلق تلك الوصية برقبتها لان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تحتمل ان يكون اعتاقا
لانها تعتق بموت مولاها وان لم تكن مشروطة اصلا كما نص الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذه التعليل فرق ويمكن ان يقال جواب تلك المسئلة الاستحسان الذي ذكر هناك
التعليل على موجب القياس وجه على الاستحسان الذي ذكر هناك غير متمش هناك كما يعرف بالتامل الصادق فلا يصار اليه هنا **قوله** وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم
يتناولهم على السواء وقال بعض المتاخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطي ليس بالبديهي كون هذا التناول كذلك فالعجب ان
ابا يوسف رح جوز هذا دون ذاك انتهى اقول ان ابا يوسف رح جوز ذاك ايضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي رح الوصية
لهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم انتهى وصرح به صاحب معراج الدراية ايضا هناك حيث قال وروي عن
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان الوصية لهم جميعا وهو قول زفر واحمد والشافعي رح في قول انتهى وما ذكره المص في هذه المسئلة رواية ايضا عن ابي يوسف
لا قوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف رح وعن ابي يوسف رح حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال ابو يوسف رح وترشد اليه ايضا ان شمس الائمة ذكر هذه المسئلة
في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في
النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض انه لم يطلع على رواية تجويز ابي يوسف رح تناول الاسم في الكل للمسئلتين مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة
المتداولة فتعجب انه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومناسد قلة التدبر والتتبع حاليضيق عن الاحاطة به نطاق البيان **قوله** وبخلاف ما اذا لم يكن

له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال اي موالي
العتاقة ولا اولاد الموالي العتاقة يعني حينئذ لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم
يوجد وجب العمل بما دونه انتهى وانتفى اثره صاحب العناية اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف رح ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز
فيه يصرف اليه عند تعذر الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف رح انفا ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق
الانعام وفي المولى عتق الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا مراد المص رح هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف رح هنا ما ذهب اليه
صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجاز اذ لا شك ان اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه او معانيه فالصواب ان مراد
المصنف رح هنا هو انه اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي حينئذ يرتبط وبخلاف ما اذا لم يكن اموال ولا اولاد الموالي بما قبله ارتباط
وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان ايضا عند شرح كلام المصنف رح
هنا وكان صاحب النهاية انما اعتبر ما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لان الاحق اذا
لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غاية ما فيه انه لا ينافي الاشتراك لجواز ان يكون احد معنيي المشترك احق بالارادة من الآخر لامر مرجح وان كان
اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما اشار اليه المصنف رح فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له احق بخلاف تعليل المصنف رح هنا على تقدير ان يراد بالمسئلة
ما ذكره في الجامع الكبير كما توهم صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يباينها جدا كما بيناه انفا **قوله** ولو كان له معتق واحد وموالي

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وإذا أوصى بخدمة عبده أو سكنى داره سنين معلومة أو بغلته كذلك أو بثمرة بستانه كذلك فهو جائز ويخدم الورثة العبد ويسكنون الدار ويأخذون الغلة والثمرة حتى تنقضي تلك المدة لأن الوصية بالمنافع جائزة كالوصية بالأعيان وهي أخت الوصية بالأعيان في أحكامها وتنفذ من الثلث كالوصية بالأعيان وتعتبر من الثلث إذا كانت مؤبدة لأنها تبقى بعد الموت كالأعيان وتعتبر من الثلث إذا كانت مؤقتة لأنها تفوت بالموت قبل تمام المدة فيكون الباقي ميراثا **قال** فإن خرجت الغلة بعد موت الموصي بعد السنين أو الثمرة بعد السنين فهي للورثة لأن الوصية بالمنافع لا تتناول ما يحدث بعد الموت وإنما يتناول ما كان قائما عند الموت وما يحدث بعد الموت فهو ميراث للورثة **قال** فإن مات الموصى له قبل انقضاء المدة فالخدمة والسكنى للورثة لأن الوصية بالمنافع تتقدر بالمدة وتنتهي بموت الموصى له كالإجارة وكالوصية بالأعيان إذا كانت مؤقتة **قال** فإن كان الموصى له أوصى بالخدمة والسكنى لرجل آخر فهو جائز لأن الوصية بالمنافع تجري مجرى الإرث فيملكها الموصى له بعد موت الموصي ويملك الإيصاء بها كما يملك الإيصاء بالأعيان التي ورثها

[illegible]

ومن اوصى لانسان بخدمة عبده او بسكنى داره وهما يخرجان من الثلث فالخدمة والسكنى للموصى له ابدا ما بقي فاذا مات فهما للورثة وان اوصى بهما لرجلين فهما بينهما نصفان وان اوصى لاحدهما بنصف الخدمة وللآخر بالسكنى فهما بينهما اثلاثا ثلثان للذي اوصى له بالخدمة وثلث للذي اوصى له بالسكنى وان اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او بلبنها مدة ما في بطونها من والد وما في ظهورها من النتاج وسلعة ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل

فمراده بالمنفعة منفعة تجويز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون دارا وعليه انتهى اقول الجواب منظور فيه لان كون كلام المصنف رح في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجويز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم ان يكون مساوية للمدعى بل لا بد من كلية الكبرى اذ كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وهنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل ان الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على اهلنا وليس بمال في تمليك اعداد صفة المالية فيه تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تمليكه اعداد صفة المالية فيه لا يثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة او لمن تعلقه بعقد الزوجية حتى يكون ملكا لها بالصفة التي تملكها او لا يكون ملكا اكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذوي مسكة ان ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع افضاء الادلة الشرعية كلية كل واحد منها في انفسها لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لو توهما في محل الكبرى من الشكل الاول تبصر قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الى آخره قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيما يثبت بعد الموت انتهى اقول ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق ان يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحال بحالة الانفراد لان قول المصنف رح لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الى آخره وكذا ما ذكره الشارح المزيف بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الى آخره انما يفيدان بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له ادنى مسكة قوله ولهذا ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناول ما في بطنها قلت ليس المراد هنا يتناول اسم الخاتم والفص ويتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لفظا واصالة والا يلزم ان يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الا حملها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم ان يخالف ايضا ما مر في كتاب الاقرار من ان الفص لا يدخل في الخاتم لتغاير تبعا ولهذا لو اقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للمقر له لان الاستثناء تصرف في الملفوظ بل انما المراد هنا يتناول اسم الخاتم والفص واسم الجارية لما في بطنها يتناولها تبعا عند الاطلاق فيه يقع المخالفة كما توهمها البعض قوله ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص اقول لا مجال للعموم في الالفاظ المذكورة في تلك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء المدلولات هذه الاسماء لا جزئيات معانيها اذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل التمر وحده على ان الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينه ومن هو لا جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم قوله ومن اصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو هنا كما لا يخفى قوله بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص اقول فيه شيء وهو انه قل تقرر في كتاب الاقرار ان استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما لا يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار فما معنى قوله او الاستثناء في قوله لان ذلك التخصيص دليلا او الاستثناء قوله ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او بلبنها

لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيامه عند الاشياء وهو مشكل ومن الخلاف سلف ثم فرق بين ما يقبل بالتمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا من الشرع والعلة المعدومة
جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان ما يسمى ان لا يراد للمعدوم واختاره لا يجوز ايراد العقد عليها
اصلا او كان مستحقا بعقد فانه كذلك لانه خارج تحت الوصية بخلاف الموجود من الاشياء فانه استحقاقه بعقد البيع متعلق بعقد الخلع مقصودا فكان بالوصية والله اعلم اهـ

باب وصية الذمي

قال واذا اصنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث
ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذا معصية فلا يصح عندهما **قال** والذمي يبني مسجدا يصلي فيه المسلمون وهو جائز من الثلث
بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث

او بلبنها ثم مات فلا ما في بطنها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهرها من الصوف ثم يوم الموصى سواء قال ابدا ولم يقل اقول في تحريره هذه المسألة هذا الوجه
ساجة فان الاطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال ابدا ولم يقل لا يناسب تقييد صوف لقوله ابدا حيث قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا فالاولى ذكر
في الكافي حيث ترك فيه قيد ابدا اصدر المسألة او ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل تدبر **قوله** لانه ايجاب عند الموت فيعتبر
قيام هذه الاشياء يومئذ اقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل منتقض بما تقدم من مسائل الثمرة والغلة فان الايصاء ايجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم
على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده ايضا فذكر قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره ايضا في الغلة نعم كان المصنف ره قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الى آخره
الا ان هذا التعليل هنا بقي خاليا عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسألة مما ذكره في الفرق الآتي **قوله** الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد
عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى قال بعض المتاخرين يرد عليه ان لنا اصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس
مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف اكتفيتم به انتهى اقول لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه ان يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة
والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعا قول المصنف ره بالطريق الاولى في قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق
الاولى لان الاولوية انما يتصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس ان لا يكون المقيس عليه
معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر ان نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض ثم اقول بقي لنا شيء فيما ذكره
المصنف ره وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند ابي حنيفة رح كما تقرر في موضعه فقوله هنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول
ابي حنيفة ره وانما يتمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسألة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبني دليلها على ما اختلفوا فيه فتامل

باب وصية الذمي ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار يلحقون بالمسلمين في احكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا اقول
اكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر ان يقال لما كان لبعض وصايا الكفار احكام خاصة
ذكر وصيتهم في باب على حدة وآخره بخصاستهم **قوله** واذا اصنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة
والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح عندهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في
صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا في اختلاف التخريج الا هذه فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح اذا كان المسلم فان وقف المسلم في حال الحيوة
موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فان هذه الوصية معصية فلا يصح الى هنا لفظه اقول فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودي
والكنيسة الى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من ان الكنيسة اسم لمعبد النصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في
الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة للنصارى وعبارة الكتاب هنا تحمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف
والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما عنده وقال بعده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة ره فاضمر ابا حنيفة ره اولا واظهره ثانيا وكان الاول مقام
الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف ره فانها على الاصل السديد حيث قال لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث
فاظهر ابا حنيفة رح اولا واضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته مع ان
وقف الكافر ايضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف ره فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلان

[illegible] فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال في العناية وغاية البيان واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا انتهى اقول هذا على
الاصل ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما سيجيء فاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه يكون بناء البيعة والكنيسة معصية
حقيقة وان كانت قربة في معتقد الكفار لزمهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل مهما امكن واما على اصل ابي حنيفة رح فغير ظاهر لان
كون الموصى به قربة في معتقد الموصي كان عنده في صحة الوصية كما سيجيء ايضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي ان تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما اذا اوصى بذلك القوم غير
مسمين على ما سياتي بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها والحاصل ان الظاهر ان يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه
ان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة واسلوب تحريرها في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج ايضا فليتامل **قوله** ثم الفرق لابي حنيفة رح الخ
قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة قال في العناية بل يحرر على معتقدهم اقول لقائل ان يقول ان اصل ابي حنيفة رح ان كون الشيء قربة في معتقدهم كاف
بناء على انا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر انفا فلم يعتبر هنا كون الكنيسة او البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول
ملك الثاني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولانهم
يبنون فيها الحجرات الخ والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط **قوله** ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به قال صاحب
العناية قولهم ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى تقيضي سبق دليل الاول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المص رح انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون
دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم اقول الحق عندي ان قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر
على الفرق لابي حنيفة رح بين بناء الكنيسة والبيعة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب زوال تلك الثاني ولانهم
يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر **قوله** وفي المرتد الاصح انه تصح وصاياه لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال صاحب النهاية وذكر صاحب
الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقد قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الوصية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتد
فلا يقر على اعتقادها انتهى قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح ترجيح هذا القول على
القول الآخر لا بيان صحة مع رجحان الآخر كما ان مراده من هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح اولى على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب ان ترجيح احدهما
على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن ان يعدا قاعدا **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته اقول
هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى بمسلم او ذمي
بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين وبين المسلم والحربي لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكما ومنها ما اذا اوصى

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس بشيء لان المبتغى تسليط معتمد عليه صح ردّه في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مردودا من جهته فيرتد بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح ردّه في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه قلنا ردها في وجهه فيصح لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف والاخراج فيه لانه يمكنه ان يكتب غيره اولا ولان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل ان شاء لم يقبل لان الموصى له ليس له ولاية الزام الوصي بالتصرف اذ له ان يمتنع شيئا من تركته فقد لزمه بالقبول ذلك دلالة لا التزام والقبول هو المعتبر بعد الموت وينفذ القبول لمن له من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فانه حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لا نيابة حتى ان الوصاية ولاية الملك في تنفيذ الولاية اليه اذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانه ثبوت نيابة حال قيام ولاية الملك فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع في الشرح

ذمي من شيء فانه ايضا جائز في هذه الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر اصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين ايضا اذا كان الكافر حربيا لو كان مستأمنا

باب الوصي وما يملكه لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي وقدم احكام الموصي له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها اشد قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او بيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي من الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام الحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها او الفصل العاشر من وكالة التتمة والباب السابع والستون من ادب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفي التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه اخرج عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الامر وهذا فيما اذا وكله بشراء عبد بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشائخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بحضرته اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشائخ فمن هذا عرفت ان ما قاله بعضهم في شرح هذا الذي قال صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل اما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه مراد صاحب الهداية هنا اما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فقد اتفقت الروايات كثيرا ولم يختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا قال صاحب النهاية ايضا كما يظهر من تقريره في شرحه اقول بل ليس هذا التوفيق بشيء لانهم عقدوا في اكثر المعتبرات كعزل الوكيل فصلا على حدة او بابا على حدة وبنوا فيه على عدم صحة عزل الوكيل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل بغير تقييد بشيء فهل يجوز العقل ان يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل والباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها من المسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائر متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب يعني ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك مستقبح لا يخفى ولتذكر من هنا عبارة الذخيرة لعل تأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وعزل الوكيل وقال ذكرنا ان الوكيل اذا رد الوكالة يرتد لكن اذا اعلم الموكل بالرد وان لم يعلم فلان يرتد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر لعين البصيرة فيما يساعده التقرير بما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وعرفت اقوال صاحب الكافي هنا بدل قول المص بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الى آخره الا يرى انه الوكيل اذا اخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للضرر والضرر الثابت من ان يجب نفي الضرر والضرر عن الميت وهو احق بالنظر اولى وانتهى قوله لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصي الوصية في غير الموصي في حيوته لان الموصي حي قادر على التصرف بنفسه في حال حيوته ولا في بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب ان معنى الايصال الى احد استخدامه بعد الموت لا في حال الحيوة فالمتصرف الذي ترفعه الوصية الى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد مماته ولا شك انه ليس قادرا في حال حيوته على التصرف الحاصل بعد مماته كما انه ليس قادرا عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في حيوته على الايصال الى الآخر بل الادلى اذا علم رد الاول لكن الكلام ينافي عدم صحة رد الوصية بغير علم الموصي فان معنى قوله في غير وجهه بغير علم الموصي ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح ايضا قوله وان كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اقول يرد عليه ان يقال هب ان الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية الا يرى انه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فلمثل هذا

[illegible]

قال من اوصى الى رجل عن القيام بالوصية ثم ابى القاضي بغير رضاه جاز لان الولاية لا تثبت بالرضا والرد لا يصح لانه اسقاط الولاية قبل ثبوتها ولا يصح الرد بعد الثبوت لانه ابطال الولاية بعد ثبوتها وهذا لان الولاية تثبت بالاسناد الى الموصي وهو اهل لها وبالرد لا يخرج من اهليته فيبقى الاسناد صحيحا وهذا بخلاف الوكيل لان الوكالة تثبت بالتوكيل وهو يخرج من اهليته بالرد فيبطل التوكيل ولو قبل الوصاية ثم ابى لا يصح لانه ابطال بعد الثبوت وهو الاصل ولو مات الموصي قبل القبول فقبل بعد موته جاز لان الاسناد الى الموصي وهو اهل لها وقد ثبت بالقبول وهو الاصل ولو قبل في حياته ثم رد بعد موته لا يصح لانه ابطال بعد الثبوت وهو الاصل ولو قبل في حياته ثم رد في حياته جاز لانه اسقاط قبل الثبوت

وهي ما استثناه في الكتاب في آخرها فقال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه لان في التأخير فساد الميت لهذا يملكه الجيران عند تعذر
وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب المشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال
وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده
من باب الامانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة في حق
الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والاب
في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة
لان في التأخير خشية ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير ليس لاحد الوصيين ان يبيع ويتقاضى

اهلا للوصاية فليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان ينفيه فيتحقق المنع والمنافاة و
اجيب بانه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السوال والجواب في اكثر الشروح وغيرها في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار اقول في هذا الجواب
بحث لانه بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو اول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل ابي حنيفة رح فلو عزي تمام الدليل
عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السوال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال واورد في شرح الاقطع سوالا وجوابا فقال قيل
اذ كانوا صغارا فالقاضي يلي على بيعه اذا رأى على ذلك قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم انتهى **قوله** وهي ما استثناه
في الكتاب اخواتها يعني وهي اي الاشياء المعدودة باستثناء القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعته
بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة اشياء كما ترى اقتصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى
اثره المص في البداية وقوله هنا واخواتها بالرفع عطف على ما قاله ما استثناه في الكتاب اي والمسائل التي هي اخوات مسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المص
في النهاية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم يقول وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهي التي
زادها المص على ما في الكتاب ستة اشياء فيعتبر مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله وما استثناه في الكتاب اي
في مختصر القدوري كما سبق قوله واخواتها بالرفع عطف على الاشارة الى انه زاد عليه اشياء اخر وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المص رد المغصوب والمشتري
شراء فاسدا وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على ان الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري
شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المص احد عشر وما زاده اثنين والا فاربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه اقول فيه الذي ذكره مع كونه
ناشيا عن الغفلة عما زاده المص في الآخر من اشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى او التلف وجمع الاموال الضائعة يختل في نفسه اذ لا يمكن ان يكون
مجموع ما ذكره المص رح احد عشر على تقدير ان يكون ما زاده اثنين واربعة عشر على تقدير ان يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن
ان يكون المجموع بزيادة الاثنين احد عشر وبزيادة الثلاثة لانه اربعة عشر بل لا بد ان يكون بزيادة الثلاثة اثنا عشر كما لا يخفى **قوله** وطعام الصغار وكسوتهم قال في غاية البيان
وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف في شراء الكفن وكذلك قوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ
وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى اقول لا يخفى ما يساعده تحرير المص من الاعراب هو الذي
ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندي وقول المص في شراء الكفن ولا ريب ان الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما يرجع اليه الضمير المستتر
فيما استثناه في الكتاب وهو القدوري والمراد بالكتاب مختصره فيلزم ان يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من متون القدوري في مختصره
وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر انفا اللهم ان محل قوله فقال الا في شراء الكفن الى آخره على تقليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاده عليه
المص وهذا الطريق الالحاق به تامل **قوله** وحفظ المال يملكه من يقع في يده قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل
بقوله وقضاء الدين يعني ان كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى ان يقضي صاحب الدين وكل من يقع المال
في يده فهو يملكه فقد انتهى اقول لا يذهب عليك نظره بسلامته ان هذا الذي ذهبا اليه تكلف بارد بل تعسف فاسد اذ لا شك ان مراد المص بقضاء الدين في
قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبله وحفظ الاموال فكيف يتم ح توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب

والمراد بالتقاضي الاقتضاء لكن كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بانا تهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذ وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما انفرد فقد رضي برأي الواحد وقيل بخلاف في القضية واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تنعقد فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر ايضا عندهما فلو ان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فينضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف انحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى نصب ان خليفة منصوبا لتأدية حقوقه وذلك ممكن بتحقق نصب صحي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى ان تصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما رأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصى ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي الميت كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل واجاب بانهما انه رضي برأيه لا برأي غيره لان الوصي متصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الاب ان الولاية التي كانت ثابتة للوصي تنتقل الى الوصي في المال الى الجد النفس ظهر الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان ايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما سمى بينه في ذلك مع علمه انه في تعاطيه للميتة قبل يتيم مقصوده بنفسه هو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه **قال** مقاسمة الوصي له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الوصي له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت مقاسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب حدث بعد الموت فلا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا بشراء المورث فلا يكون الوصي خليفة عنه عند عيبه حتى لو هلك ما في يده عند الوصي كان له ان يشارك الغرماء لان القسمة لم تنفذ عليه لان الوصي لا يقسم الا بامين منه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعد القسمة فكان له ان يشارك الباقي لان الوصي شريك الوارث فيجري في ذلك المال المشترك على القسمة وبقي ما فيه على الشركة **قال** ان قاسم الورثة واخذ نصيبه الموصى له فضاع وجب الوصي له رجعت على ما بينا **قال** ان كان الميت اوصى بثلث ماله وترك ابنا وابنة فهلك ما في يد الابنة عن الميت من تركته فالبنت وكذلك ان دفعه الى رجل يحج عنه فضاع في يده ولا دفع الى ابي يوسف ان كان مستبحرا فالثلث لم يستبحر فالثلث

ان قول المص ره هنا حفظ المال يملكه من يقع في يده وسوف على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى **قوله** والمراد بالتقاضي الاقتضاء لذا كان المراد منه في عرفهم اقول فيه شيء وهو ان قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم ان لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع ان الامر ليس كذلك كما صرح المص ره في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه وذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضت ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته انتهى ثم اقول في الجواب ليس مراد المص ره هنا بقوله كذا كان المراد في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان ان عرفهم ايضا يطابق اللغة والوضع وفائدة قولهم ان يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع كما عرف ان المعرف قاض على الوضع اي راجح عليه فان قلت نفي المخالفة ح بين كلام المص ره هنا وبين قوله هناك لان العرف بخلافه قلت مراد المص ره هنا ان المراد منه كان كذلك في عرف المجتهدين ومراده هناك ان العرف بخلافه في زماننا او في ديارنا ولا عرف في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين والمكانين ويؤيده ان صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الاسلام الزاهد فخر الاسلام البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في الحقيقة مجازا بسبب الاقتضاء وصار الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم **قوله** ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية اقول لقائل ان يقول ان كان الاقتضاء بمعنى المبادلة كان القضاء ايضا في معنى المبادلة ضرورة ان المبادلة اذا كان تحقق من الجانبين واذا كان احدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم ان يكون القضاء ايضا من باب الولاية مع ان المص ره صرح بخلافه فيما قبل **قوله** غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرده للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلم السهم فالموصى له باختياره ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل لان مقتضى تحريره ان يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصي ما افرزه للورثة السهم على الاطلاق اي سواء كان سلمه السهم باقيا في ايديهم او هالكا وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كانت ما اعطاه الوصي للورثة باقيا في ايديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما اعطاهم وان كانوا هلكا كان الموصى له الرجوع عليهم بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن حصة الورثة السهم حتى تملكه الكل في يد الموصى لم يكن للموصى له ان يضمن الموصى شيئا لبقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هذا اشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الموصى له في يد الوصي الثلث نصيب الورثة كان للموصى له ان يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الموصى ايضا فما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصي وان شاء ضمن الوارث انتهى **قوله** وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده اي في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكورين انتهى اقتفى اثره صاحب معراج الدراية اقول ليس هذا الشرح بصحيح

وقال محمد رح لا يرجع لان القسمة حق الموصى ولو افرز الموصى بنفسه مالا لا يصح عنه فهلك لا يلزم شئ وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذى قام مقامه وقال ابى يوسف رح ان محل الوصية اتلف صحت تنفيذا حالا فالا يعين لطلت لتوات تحكيما لا بى حنيفة رح ان القسمة لا ترد ولذا قابل المقصود جاوهى تادية الخ فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة ثلث مالك ولا تامل لما للشيوع الى الحصة المسماة اذا تحقق ذلك الوجه لم يتم نصار كما لو كان قبلها **قال** ومن اوصى بثلث الف درهم فبها الورثة الا ان يقسمها وما اوصله طالب قسمه جاز لان الاجزاء محققة ولحق الوان اوصله قبل القبول المصير الوصية ميراثا او تعدوا لقاضى نصب ناظرا لا فى حق المال والتنفيذ من التقاط ارد نصب الغائب قبضه فتفاد ذلك وصح حق لوحصر الغائب وفى هلاك المفروض تركه على الورثة سبيل **قال** واذا باع الوصى شيئا من التركة بغبن محتمل ومن الغرماء جاز لان الاجتهاد مقام الرشد ولو توفى حتما بالكفيله يجوز معه لغير محتمل من الغبن صاح وان كان فى مرض موته فكذا اذا لا من قام مقامه وهذا لان حق لتعلق بالمالية لا بالصورة والنسخ لا يبطل المالية لو كذا الحنفية وهو الثمن تجلب العبد المدبر لان التعلق بالاستيفاء عن الاستيفاء ايا هنا فعلا نه **قال** ومن اوصى بان يباع عبده لا ويتصدق بثمنه على المساكين اجاز وصح الثمن الاكسبه والمدبر لم يسلم فقد اخذ الوصى البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع بالثمن لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع فى جميع التركة وعن محمد انه يرجع فى الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ جميعها وعجل الوصية الثلث حيا ثبت انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقدم من جميع التركة تحقيقا لا فى اوامتنه اذا قال الميت خذ بعد موتى لا يرجع عليه لان فى الزامها الثانى تعطيل القضاء اذ يحتاج عن نقل هذه الامانة حذرا عن لزوم الزامه فتتعطل مصلحة العامة وامتنع صفة منه كالرسول لا كان لان الوصى لانه بمنزلة الوكيل وقد مر فى كتاب القضاء فان كاتب التركة قد هلكت او لم يكن هناك وما لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين اخر **قال** وان قبض الوصى الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبدا فاعتقه نقض الامر فهلك فاستسعى العبد لم يرجع فى مال الصغير لانه مال له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه **قال** اذا اجاز الوصى بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون اصلا ذا الولاية نظرية وان كان الاول لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه **قال** لا يجوز بيع الوصى ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس مثله لانه لا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف البيسير لانه لا يمكن التحرز عنه فى اعتبار الشاهد والتصرف المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابى حنيفة رح لانهم تصرفوا فى تجارة الملك باذن فلا اعجز بخلاف الوصى لانه تصرف بحكم النيابة الشرعية فيتقيد بمراعاة النظر وعندهما لا يملك لانه التصرف بالغبن خيرا لا خيرا وهم لا يسيرون اهله اذا كتب كتاب الشراء على وجه كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ثم تحرير هذه ان كتبنا هذا ذلك اخر ومن غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكبير ثم قيل كتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وهو فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تقدر بها هو **قال** وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار لان الاب يلى ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصى غير العقار ايضا لانه لا يملك الاب على الكبير الا انا استحسنا لما انه حفظ لشارع الفساد اليه وحفظ المال الغائب البشر هو ملك يحفظ اما العقار فصحيح نفسه **قال** ولا يبيع المال لان الموقوف اليه احفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد لا وصى الا فى الصغير والكبير الغائب بمنزلة وهو الاب الكبير الغائب وكذا وصى الام ووصى الجد وهذا الجواب تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم هم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم **قال** والوصى حق بال الصغير من الجد وقال الشافعى رح الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه فيكون اولى والمراث فيقدم على وصيه فلان لا يصاع ولانه الاب الله فى الاب ولانه قائم معه فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختيار الوصى محل تهمة بل الجد اعلم ان تصرفه الظرفية من تصرف ابيه فان تصرف الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصى غير انه تقدم عليه وهو الاب فى الكبير لما بينا

اذ لو رجع ضمير ما فى يده الى الحاج فيصار المعنى فهلك ما فى يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم ان يكون وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من نفقته مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب ان ضمير ما فى يده فى قوله فهلك ما فى يده راجع الى الوصى فحينئذ ينتظم المعنى ولا يستلزم الاستدراك فى قوله الآتى كما لا يخفى

قوله وقال محمد رح لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو افرز الموصى بنفسه مالا لا يصح عنه فهلك لا يلزم شئ وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذى قام مقامه قال بعض المتاخرين فكان هذا قياس مع الفارق لان الموصى غير ملزم مشروع والرجوع عن الوصية راسا فلا يلزم من عدم لزوم شئ لما عدم لزوم لذلك انتهى اقول ليس هذا بشئ فان الموصى وان لم يكن ملزما فى حال حيوته الا انه ملزما وصيته بعد مماته فلنفذ بشئ ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر فى دليل محمد رح وهو ان الموصى لو افرزه بنفسه لا يصح عنه فهلك ذلك المال للورثة لا يؤخذ شئ من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته اصلا وقد فصح عنه صاحب الغاية حيث قال فى تقريره واما مذهب محمد رح فهو ان دفع الموصى بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت هو الذى دفع قبل موته الى رجل مالا لا يصح عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة اخرى كذلك هذا انتهى فكان ذلك الماضى فهم من ظاهر قول المص فى تقرير دليل محمد رح ولا يلزم شئ ان يكون النهاية انه لا يؤخذ من نفس الموصى شئ فى حال حيوته فوقع فيما وقع **قوله** لانهم تصرفون فى حكم المالية والاذن فك الحجر ثابت الغاية فى حل هذا التعليل لانهم تصرفون بحكم المالية اى تصرفون بالمتيم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم تكن تصرفهم نيابة عن اجابهم انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان قال فيه بحث فان الكلام كان على المصنف للماذون والمكاتب انتهى اقول ليس بوارد اذ لا شك ان المدعى كان على المصنف للماذون والمكاتب لا ان قوله لان الاذن فك الحجر يصلح ان يكون تعليلا فى حقهما ايضا اما فى حق الصبى الماذون فظاهر لان فى حقه فك الحجر الثابت له بسبب سياه كما ان الاذن فى حق العبد الماذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر فى كتاب الماذون واما فى حق المكاتب فلانه وان لم يكن ماذونا صراحة الا انه صار ماذونا فى ضمن عقد الكتابة لاصالة فان اذا بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له فى الكسب مجال والاذن فى الشرع فك الحجر واسقاط الغير لا غير عندنا كما مر فى كتاب الماذون فلا غبار فى التعليل المزبور **قوله** وكان القياس ان لا يملك الوصى غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير فى صورة التناقض لقوله لان الاب يلى ما سواه وينتقض عنه لان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى اقول ما ذكره فى وجه التنقيض عن التناقض ليس بتام لان الوصى ايضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور فى الكتاب فان كان معنى قول المص وكان القياس ان لا يملك الوصى غير العقار ايضا انه كان القياس ان لا يملك الوصى بجهة الحفظ والنظر ايضا كما هو الظاهر من السياق والسياق لزم ان يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير اى لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر ايضا وهذا ينافى ما ذكره الشارح المزبور فى وجه التنقيض عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس ان لا يملك الوصى بالولاية الحقيقية فهو لشعر بان يكون ذلك القياس متروكا مع انه لم يترك قط اذ لم يقل بان الوصى يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية قالوا فان قلت هذا الحل ما ذكره الامام الزيلعى فى التبيين قال وكان القياس ان لا يملك الوصى غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملك على الكبير الحاضر الا انه كما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا

فصل في الشهادة **قال** واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لانباتهما معينا لانفسهما **قال** الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت بنصب القاضي

فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه اليسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيته واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى الايصاء انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال للايوافقه قوله ولا يليه انتهى اقول هذا ساقط اذ لا نم ان قول المص ره فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي للاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ واما العقار فمحفوظ بنفسه فما يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطرة

فصل في الشهادة قال صاحب النهاية ما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية احرز لعدم عرافتها فيها انتهى واقتفى اثره صاحب العناية نقلا عنه اقول ليس ذاك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة واما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله ما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التاخير ما ذكره صاحب العناية حيث قال وانما اخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير اصلية لان الاصل عدم العارض انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط شهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت بنصب القاضي قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند ادار الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن للموصي اليهما متى شهدا بذلك لان من زعمهما لانه لا تدبيرا ما في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك كذا وكذلك ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب النهاية اقول كل من الجواب والسؤال منظور فيه عندي اما السؤال فلانه لا اتجاه له اصلا فان الوصيين الذين يضمهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي ان يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في اوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي ان يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله ايضا ان يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات واشار اليه المص ره ههنا بقوله او ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سألا من القاضي ان يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي ان يجعله في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين مطلقا واما نحن فيه فيجب على القاضي ان يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا لان في رد شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت وافراد ذلك على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احدا ولا وصيا لثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في قبول شهادتهما وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم ثالثا على ما بيناه انفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا منهما نصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه او خلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا او الظاهر فانه لم يذكر فيه خلافا وان صدقهما قال لا اقبل الوصية قال معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم اتى فانه لا يعمل رده واباه الى هنا لفظ المحيط واما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم تكن ثم وصي لقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لم تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وايضا القاضي يحتاج هناك الى نصب القاضي وههنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فاين هذا من ذاك ومجرد المشابهة في حجة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتاخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى اثر شهادة المتهم مع انه لا تقبل شهادة المتهم فكيف تترتب عليها انتهى اقول ليس هذا بشيء لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شيء كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما اشار اليه المص ره بقوله فيسقط

قال وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لا تجوز ان الى انفسهما نفعا بنصب حافظ لتركة ولو شهدا بعين الوصيين لوارث صغير
شيء من مال الميت او عليه فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به **قال** فان شهد الوارث لصغير في مال الميت لم يجز كان في غير
مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شهد الوارث كبير يجوز في الوجهين لانه لا يثبت هما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الوارث كبيرا فرجعت
عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانتفاء ولاية وصي الاب
عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها **قال** واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بن الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما
وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة رح وعند محمد رح وقال ابو يوسف رح لا تقبل الا ان ابتدأ ابو حنيفة رح فيما ذكر
الخصاف ثم ابو يوسف رح وعن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة وهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين
احدهما ليس له ان يزاحم شريكه موجبه ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذا لذمة خربت بالموت وهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة لشاركه الآخر
فيما سلم له شهادته مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون لانه في الذمة بقاء لها لا في المال فلا يتحقق الشركة **قال**
ولو شهد الموصى له وهذين الرجلين بجارية وشهد الشاهدان بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه
اوصى لهذين الرجلين وثلث ماله وشهدا لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين
الرجلين بالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة متهمة للشركة

شهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة من وجه ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب فيجوز ان يكون شهادة المتهم ايضا
كذلك فيترتب عليها اثر الدفع ولقد فصح عنه صاحب الغاية ههنا حيث قال وجه الاستحسان ان القاضي ملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا
فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما استفاد عنه مؤنة التعيين عنه ومثاله ان الفقر ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصبار لدفع التهمة عن الفقراء
فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى **قوله** وكذلك الابنان قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى
وهو قوله فالشهادة باطلة انتهى اقول تفسير المص رح قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهد ابن الميت اوصى الى رجل وهو منكر يقتضي ايضا بظاهره ان
يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما ادعاهم الى جعل قوله وكذلك
الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني ايضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك حكم شهادة
الابنين في صورة ان ينكر المشهود عليه ما شهدا به وفي صورة ان يدعيه فان شهادتهما تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا
فان جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين في الصورتين معا كما صرح به في عبارة الكتب واما اذا جعل قوله فكذلك الابنان معطوفا على
المستثنى من لفظ يلزم ان يكون احدى صورتي مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي انه معطوف
على المجموع لا محالة بخلاف شهادة ما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها اقول لقائل ان يقول بذلك التعليل يقتضي
ان يجوز شهادتهما لوارث صغير ايضا في غير تركة الميت عند ابي حنيفة رح لجريانه بعينه هناك ايضا مع ان عدم جواز شهادتهما لوارث صغير شيء من تركة الميت وغيره
متعلق برجلين على ميت الخ الفصل عليه كما مر في الكتاب انفا فليتامل في الدفع **قوله** واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل قال في العناية جنس
هذه المسائل اربعة الاول ما اختلفوا فيه وهو شهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة
بالف مرسلة او سكت الحال والثالث ما اتفقوه على جوازه وهو ان يشهد الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع هو المذكور في الكتاب
الآخر هو ان يشهد رجلين لعينه وشهد المشهود اليهما للشاهدين بالف مرسلة او شيء الاول وبنى ذلك على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني
والرابع ما لم يثبت فيه التهمة قيلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب اما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا انتهى اقول تقسيم صاحب العناية
وتقريره هنا كان محتملا لانه اراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلثة لا غير احدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عدوها
رابعا داخلا في القسم الثاني لا محالة وان اراد بها الاشياء فهي خمسة لا اربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين وجها واحدا على انه قوله الاول ما اختلفوا والثاني
ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الاشياء بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان
صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبا ايضا على كون الاوجه في جنس هذه المسائل اربعة الا ان تقريرهما في كون المراد بالاوجه هو الاشياء والمسائل دون الاقسام
الكلية والاصول لا ينافيه تقرير صاحب العناية فانهما قالا جنس هذه المسائل على اربعة اقسام في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلين لصاحبه
عين الرجلين كالعبد وشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين اخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا يتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان
يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة ايضا وفي الوجه الثالث لا تقبل وهو ان يشهد الرجلان ان الميت

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال اذا كان مولود ذو فرج ذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه فقال ورث من حيث يبول عن علي رضي الله عنه مثله لان البول من اي عضو كان فهو دليل على انه هو العضو الاصلي والآخر بمنزلة العيب فان بال منهما فاعتبر ما سبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله لان الكثرة لا يستلزم الاصلية بلا علامة قوية ذات الفرج قد يكون عضوا اصليا ولا يكون لا كثرة حكم الكل في اصل الشرع فيدرء بالكثرة وان كثر وآخر ليس له على الفرج لانه قد يكون لا يساعد في احرام وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا يرجع قال واذا بلغ الخنثى وحرمت عليه او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل وكان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر شيء من هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه العلامات

ولو اوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد وشهد الشهود لهما ان الميت للشابين الاولين ثبتت ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق ان ثبتت القسمة هنا كما فعله الفقيه ابو الليث في كتاب نكتة الوصايا حيث قال واذا شهد اربعة نفر شهدا ان هذين لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بمسئلة ودليله كما فعله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول احدها لا تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثاني تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة في المثال من التي النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فيه وقدم ذكر الاول كما ان الواحد قبل الاثنين او لان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس مخصوص من له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان الا يرى ان احكام المارة في كتاب الوصايا مثل جارية باشرها في حق الخنثى ايضا وكذلك الحال من احكام سائر الكتب المتقدمة كلها او جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة شرع في بيان احكام من له آلتان واما ثانيا فلان قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المص كتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه وفصل في احكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان احكامه وانما ذكر احكامه في الفصل الثاني بعد ان ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح ان يقال شرع في احكامه ايضا بتاويل ما فما معنى تخصيص الشروع في الثاني في قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ويمكن التوجيه لعناية فتامل وقال في العناية لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود انتهى اقول متجه عليه ايضا ما ذكرنا انفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني ايضا فتامل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وآخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه انتهى اقول هذا جيد لا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فانه ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون احوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حاله على امر خفي وعن هذا قال في العناية ومن محاسن احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان **قوله فصل في بيانه** قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال وقال بعض المتاخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك ان تقول انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد وكان ذلك في قوة يعنون الاولى به ايضا وان لم يصرح به في العادة ولكن صرح به ههنا اشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصل آخر يذكر بعيده وهو ما ذكر بقوله فصل في احكامه فتامل انتهى اقول هذا كلام خارج عن سنن السداد اما اولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه القطعة من شيء آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله ههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن الاخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال مما تقدم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته

قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يختل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوتهم فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعين الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بعد انه صلى بهم احتياطا لاحتمال انه امرأة **قال** واحب الينا ان يعيد بقناع لانه يحتمل انه امرأة وستر في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع اعرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب ان لم يعد اجزاه وتباع له امة تختنه ان كان له مال يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عسى ان يختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال اتباع له الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنه باعها وقسمها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

من الاولى ايضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل ههنا الاشارة في اول الوجه الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والالزم ان يقتضي ذكر فصل في احكامه ذكر فصل آخر بعيده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا يراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر اصلا

فصل في احكام الخنثى وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لاحتمال انه امرأة فلا يختل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته اقول في تحرير هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يختل الرجال وقوله فلا يختل الرجال متفرع على قوله لاحتمال انه امرأة لانه معطوف فيلزم ان قوله يكون ولا النساء متفرعا ايضا على قوله لاحتمال انه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال انه امرأة اذ لا تاثير لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه الباعة فصير تحرير المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يختل الرجال ولا يفسد صلوتها باستعمال انه امرأة ولا يختل النساء حتى تفسد صلوته لاحتمال انه رجل انتهى **قوله** فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل هذا لفظ محمد رح في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والفسد وهو مجاوزة الرجل والمرأة في صلوة مشتركة موهوم فليتوهم اجب له ان يعيد الصلوة انتهى عبارته في النهاية والكفاية الى المبسوط اقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة ان كون المفسد موهوما لا يرفع وجوب اعادة الصلوة عند تعذر كون الاخذ بالاحتياط واجبا في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم ايضا فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح ههنا عنها هو ان قوله فاحب الي ان يعيد صلوته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة في حقه محلفا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان عليه الاعادة وان كان انثى لم يلزم الاعادة فيجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم في باب العبادات **قوله** ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن اقول في هذا التعليل كلام وهو انه ان اراد بقوله وهو جائز في الجملة انه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل هو مكروه وان اراد به انه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عندنا للعذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من اين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد عليه حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها ان يقال ارتكاب المكروه ايضا جائز عند العذر واشتباه الحال من اين الاعذار فالوجهان في جلوسه جلوس المرأة قائل **قوله** وتباع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحباب المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاتها كالاجنبيات فعلم بهذا انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل ههنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية الخنثى فان يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوك الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حال العذر فعلم بهذا ان لمس الجارية له على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف من نظره الى خلاف الجنس لان يكون للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية هذا نقل اعتراض

ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل وامرأة أو ليسا فرض غير محرم من الرجل توقفا
عن احتمال المحرم وان احرم وقد لا تصح قال ابو يوسف لا يكره لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد
يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت خنثى
لم تلغ حتى تستبين امر الخنثى لان احتمل لا يثبت بالشك وقال كل عبد لي حر وقال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما
وان قال لولدين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بهذين ان قال الخنثى انا رجل وانا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف
قضية الدليل وان لم يكن مشكلا يقبل ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل
عليه ثابت بين الرجال والنساء فيتوقف لاحتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحفر ان كان مراهقا غسله رجل ولا امرأة لاحتمال الذكر
وانثى وان سمي تبرك فهو احب لانه ان كان انثى تقدم احبابه وان كان ذكرا فالتسمية لا تضره واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما
يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيتأخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويتقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ويدفن مع رجل في قبر واحد من
عند رجل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صحيفة وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان كان
يجعل على السرير لتستر المرأة فهو احب الى لاحتمال انه عورة ويكفن كما يكفن الجارية وهو احب الى يجعل يكفن خنثى اذا كان انثى فهو
قيمة ستة وان كان ذكرا فقد ادى اقل الثلثين لا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند ابي حنيفة اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم هو انثى عنده والمال
الابن يقول عند ذلك نصفه ذكر ونصفه انثى وهو قول الشعبي والخنثى قياس له قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال
بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب ثلثة وذاك
يضرب باربعة فيكون سبعة وجه قول ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما اثلاثا حتى الى حنيفة له نصف وثلثه اقل ذلك ستة ففي حال المال بين
بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلثة وفي حال الذكورة للخنثى سهمان وللابن اربعة فيسلم ان للخنثى ثلاثا بيقين وفيما زاد الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف الكسر
فاضعف ليزول الكسر فصار المال من اثنى عشر للخنثى ستة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء وهو لا يثبت بالشك وهو هو الابن متيقن به وفيما زاد عليه الشك
فاشبه المتيقن به فيقسم عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا

صاحب النهاية تعليل على المص ره لا اليه نظر لان ذلك في حال الاختيار لا في حالة العذر ولذا لو اصاب المرأة قرح او جرح لا يحل النظر اليه لامرأة المرأة وكذا النظر
القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة البينة ايضا عذر جاز لها ان تنظر الى فرجها انتهى اقول نظره ساقطا ذ يشترط في جواز النظر
بالعذر الى موضع العورة من المرأة الامة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها اصلا وتعليل المص ره بقوله لانه يباح
لمملوكة النظر اليه رجلا كان او امرأة ليس لا محالة بتاثير الملك وفي اباحة النظر الى سيدتها كتاثيره في اباحة النظر الى سيدتها فيرد عليه ما قال صاحب النهاية
من ان هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا يتحرزون جماعة عن الشراح منهم صاحب العناية وصاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكة النظر الى ما ذكره
ان كان رجلا **قوله** ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حيوته زيادة لان الحيوة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص
الكراهة لما ان بعد الموت لو وجد ذاك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت للملبس للميت وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية
رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج يجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع انتهى اقول ليس هذا الشأن
لان حاصل ذلك قول صاحب النهاية ان قوله في حيوته مستدركة لا فائدة في ذكره اذا كان الواقع مسابدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح
انفسهم حيث قالوا الا ان المص ره اتبع في ذلك المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحيوة هناك لتبيين المقابلة لا
للقيد انتهى **قوله** وان ينكشف قدام الرجل وقدام النساء قال جمهور الشراح وهذه المسئلة يدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل فجاز للخنثى
انكشف النساء فانه ليس المراد من انكشف ابدا موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكر شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب العناية اقول ليس هذا بتام عندي اذ على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين
كما نص عليه المص ره في كتاب الكراهية لصحيح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز ان ينكشف للنساء وايضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات
محارمه كما ذكره المص ره في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى عن الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف
للرجال لاحتمال كون امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز ان يكون بناء
كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما زعموا تبصر **قوله** وان لم يكن مشكلا
ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره قال صاحب العناية وفي هذا التعليل نظر لانه انما يكون مشكلا اذا لم يصرح في احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر
او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى اقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المص ره فان مراده بقوله وان لم يكن فيه مشكلا واحد ان لم يعلم انه مشكل لانه
علم انه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ومدار ايضا قول المص ره في تعليل ذلك
لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله ههنا وان لم يكن مشكلا

الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وان يكون الزوج زوجا واما واختا لاب وام هي
خنثى او امرأة وابنون لام واختا لاب وام هي خنثى فحينئذ فالاولى للزوج المصنف علم الثلث الباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخرين علم الثلث الباقي للخنثى لا
اقل النصيبين تيقنا والله اعلم بالصواب مسائل شتى قال واذا اقرى على الاخرس كتاب وصية فقيل له اشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي
نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين لان المجوز المانع هو العجز وقد حصل
الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوشك والمتوخش من الاصلي في حق الزكوة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت
معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس لان التفريط جاء من قبله حيث
اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الكافي عرفا بالنص قال
واذا كان الاخرس يكتب كتابا ويرى اياه يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ويقتص منه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة
فلانها من ناحية بمنزلة الخطاب من ناحية ولا ترى ان الله تعالى عليه السلام اذ اوجب التبليغ بالعبارة وتارة بالكتابة الى النجاشي المجوز في حق الغائب الخ
في الاخرس اظهر والتزم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والماضي او مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران او
لا يتجاوز ويرى فيه لانه بمنزلة مرسوم الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة
فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها تقام حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والاشارة
من العبد ايضا ولا حاجة الى الحد ولا لفاحق الله تعالى ولا بها شبهة لا بالشبهات ولعله كان مصمتة قالشافعي فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة
في القذف لا تعد اما القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحد والقصاص ان الحد لا يثبت بشبهة في القصاص ما لم يوجد لفظ التعليق
شبهة الا ترى لو شهدا بالزنى الحرام او اقرا بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص ما لم يوجد لفظ التعليق

ان لم يعلم انه مشكل ان يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر او انثى بلا حاجة الى قوله نفسه بل يجوز وان لم يعلم انه مشكل ام لا بانى لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهوره فح
تحقق الحاجة الى قوله نفسه هو مسئلة الكتاب هنا وعلى التعليل لقوله لانه اعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه انه بعد ان حيث معنى المقام ما تبنى عليه نظره كيف اورد
النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي حق بورودها عليها على مدار فهمه معنى المقام بان يقال لا معنى بهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى
العلامات فبعد ظهوره بالحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المص ره وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل **قوله** الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه
ذكرا قال في الغاية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراثا الانثى للمتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب
بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى اقول فيه نوع اختلال
لان تفسيره مراد المص ره بقوله يعني اوجبنا للخنثى ميراثا الانثى للمتيقن الخ يقتضي ان يكون قول المص ره الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فاوجبنا
المتيقن به فصار اقصرا عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فتخالف هنا في قوله في اول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر
مسائل شتى قد كانت عادة المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب ما ذكر في الابواب السابقة من المسائل استدراكا للغاية وتترجمون تلك المسائل
بمسائل شتى او بمسائل متفرقة او بمسائل منثورة فعل المص ره هنا ايضا كذلك جريا على عادتهم **قوله** واذا اقرى على الاخرس كتاب وصية فقيل له اشهد عليك
بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار
لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما تكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك راسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار
بان يحرك راسه طولا اذا كان معهودا منه في نعم انتهى اقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله اي نعم تعين وصفها فيما جاء منه دلالة الاقرار
فلم يتوجه في تقرير جوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك يعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله جائز كما لا يخفى **قوله** ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا
الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه اقول لا يذهب عليك ان هذا التعليل يقتضي ان لا يجوز اشارة معتقل اللسان ولو امتد اعتلاله لان تاخير الوصية قد جاء
من قبله هناك ايضا مع انهم قالوا ان هذا بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المص ره فيما قبل آنفا نعم صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل
من البين **قوله** اما الكتابة فلانها من ناحية بمنزلة الخطاب من ناحية الى آخره اقول فيه شيء وهو ان هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل
على خلافه قال المدعي ان كتاب الاخرس حجة فيما سوى الحدود واذ لا فارق بينه وبين الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود ايضا
اذا كانت مسمومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النظر في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر ايضا لم تكن حجة ضرورية فينبغي
ان يكون حجة في الحدود ايضا كما كان النطق فيها حجة ايضا فليتامل في المخلص **قوله** واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى
ذلك لانها من حقوق العباد اقول قائل ان يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به في موضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج
وهو حق الله تعالى ولهذا لم يشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما لم يشترط في الشهادة على عتق الامة ايضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة
وفسر في الكتاب ايضا في باب عتق احد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى المفرقة بل فيه حق العبد ايضا لتعلق

معتقل

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى
شرعت زواجر ليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه
ويحتمل ان يكون الجواب هذا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفادا لان الكتابة يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لتمام اهلية
النطق ولا كذلك الاخرس لنقيصة الوصول الى النطق للافة المانعة وذلك المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة يعرف
ما توهمه بعض اصحابنا رحمهم الله لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع بينهما فقال اشار او كتب
وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية في الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة زيادة ولم يوجد في الكتابة انه اقرب
الى النطق من اشارة الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان النطق قائم وقيل هو الصحيح لان المعتقل

حق الزوجين لان يكون مدار قول المص ولا شاهد من حقوق على العباد ذلك قلت مجرد تحقق العبد في شيء لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه الا يرى ان اشارة
لا يكون حجة في حد القذف مع ان فيه وقع العار عن المقذوف كما ان حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارته حجة من ان يكون الحكم في حقوق العباد فقط
او مما غلب فيه حق العبد على حقوق الله تعالى كالقصاص لانها غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على موضعه وكون اطلاق
ما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في
حقوق العباد حتى ان مطالبة القذف شرط في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض
عنه ولا يجوز ان الارث فيه عندنا كما في الحدود فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر قوله

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه لما شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر

وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة خلافا لما صرح
فيما مر في عدة مواضع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رح لان معنى الكلام على الدور فلا تجب
فيه الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال
فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص
ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا باستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما
مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة قائمة في غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين من ادعى قصاصا على غيره
فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح لزمه الارش فيها لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويثبت المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت
القصاص بالشبهة بل جعلها اصلا موثرا في ثبوت القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى
على الناظر في تمام ذلك الكتاب واما ثانيا فلان قيد الخالصة في قوله اما الحدود الخالصة لله تعالى فثبوت زواجر مستدرك بل مخل هنا فان حد القذف
غير خالص لله تعالى بل فيه حق المقذوف وحق العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زواجر لا يثبت بالشبهات ولا يكون اشارة الاخرس حجة فيه ايضا كما صرح به فيما
انفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور قوله وذلك المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه جمع هنا بينهما فقال اشار
او كتب قال صاحب العناية ولنا في دعوة الجمع بينهما نظر لانه قال في جامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيئين لا الجمع على انا نقول قال
في الاصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيها من اشارته رواية الاصل ان الاشارة من
الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط ان يكتب فافهم الى هنا لفظه اقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المص رح بالجمع بينهما في
كل مادة من مواد اعلام الاخرس مراده بل الجمع بينهما في جواز اعلام الاخرس من مراده باي واحد منهما ولا شك في كلمة دلالة او على هذا المعنى لانها احد
الامرين بالتعيين فاذا اتى الاخرس باي واحد منهما على انفراده تحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع اي تقبل ويعمل بموجب قول محمد رح
في جواز هذه المسئلة فهو جائز واما عدم دلالة التي ذكرها بقوله على انا نقول الخ فليست بشيء ايضا لان مراد المص رح دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة

قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضرورة فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان السوق المستمر لا يخلو عن الحرام والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانتكاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب اليه المرجع والمآب

والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما انه جمع في الجامع الصغير بكلمة كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لانه جمع ههنا بينهما اي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب ان هذا لا ينافي اشارة مسئلة الاصل الى ان اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر ان يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا يكون تتميم قول المص ه بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة اليه مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من اصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تامل **قوله** واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم تؤكل قال في العناية اخذا من النهاية يطلب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا تمييز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر فقد تجوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم تجز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من غنم ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب فان كان ثلثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس متعين فلا يجوز بالتحري حالة الاشتباه انتهى اقول لا شبهة في شيء ولا الجواب عندي اما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار ان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرح به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرح به في شرح الجامع الصغير وصرح به المص ه ههنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا يتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين راسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا واما ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب اخف من حكم غيرها لان جواز الصلوة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم الثياب اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما افصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلوة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن اين ثبت كون حكم الثياب يكون من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح ان يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين هذا

آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله تعالى وهدايته الفته مع توزع الخواطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته بنتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلثة آلاف من التعليقات التي لم يسبقني اليها احد من الثقات وذلك

فضل الله يؤتيه من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا

آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا

عذاب النار ربنا فاغفر لنا ذنوبنا

وكفر عنا سيئاتنا

وتوفنا مع الابرار

تمت

خاتمة الطبع

الحمد لله على ما بلغنا بغاية الكافية وحماية الوافية وحماية الكافية نهاية مآربنا ومرامنا وأتم علينا بنعمة الفضائية وحسنة العافية قضى تماصدنا ومرامنا والصلوة والسلام على رسوله
الذي هو أول الأنبار وآخرهم بختم النبوة وابتداء الأبد أحمده أما قال بعض ملك البلغاء في شأنه الجليل وكماله النبيل التي لا يمكن أن يكون فيه شريك أو شركاء أنظم
بيد بابي السيمين سترة ولا جلة الأبد والأبد وقد خصه الباري بأوصاف علي ولم يعطها الأحداث والقدار وعلى آله الأنبياء الكبار وأصحابه النقباء العظام
وبعد فيقول عبده أقل العباد محمد أعظم حسين الصديقي الخيرآبادي لا زال مغمورا بفضل الله الكريم من البلايا والبلاء وأدار زرقة شفاعة نبيه خير الشفاء وأدخلني
زمرة عباده الصالحين وجعلت هذا الشرح جليل الشأن فاتح أبواب المنفعة جلي البرهان حاويا لمسائل الدين المتين ماحيا لمصنفات الفقهاء المتقدمين
متمسكا ومستند العلماء المتأخرين واحتفا فطاء ونسقا وأعجبا رقاقا وفقاطا رية في الأقطار كالأمطار مشتهرا بين شروح الهداية غاية الاشتهار كأس
في نصف النهار الذي جمع فيها مصنفه العلام أمام العلماء سيد فقهاء الكرام قدوة المفسرين سلطان المحدثين شيخ الإسلام كمال الملة والدين المعروف
بابن الهمام المتوفى سنة ٦١٠ إحدى وستين وثمان مائة روح الله روحه ونور ضريحه وأعلى درجته في دار السلام مسائل الفقه الحنفية مجيبا لإيرادات
العلماء الشافعية والمالكية والحنبلية وبذل جهده البليغ في تخريج الأحاديث الشريفة وتحقيقاته الأنيقة وتطبيقاتها على طرق هذه الملة السامية وتصحيحها بإسناد
صحيحة ورواة ثقات عدول كلهم عن الخلل والاضطراب خالية لا سيما نكتة المحبوبة المطلوبة للعلماء الأخيار الشهيرة بنتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار
للفاضل المقدام والبحر الطمطام زين الدين الآفندي حي عسكر الروم وغيره المتوفى سنة تسعمائة وثلاث عشر كملة لهذا الشرح من كتاب الوكالة إلى آخر الكتاب طبعة للأدلة العقلية والتعليلية المتضمنة
لثلاث ألف إيرادات على شرح الهداية التي لم يسبق إليها سوى مصنفها أحد من الثقات لما برز بين البحث العلمية وكان هذا كتحقيقا غاية الخفاء وشموس الفاضلة جارية عن الخفاء والطالبون
في طلبه أعيا إلى الله بالصباح والمساء والمشتاقون إلى لقائه متمنيا بغاية التمنا بحيث من تيسر له جزء منه فكأنه أعطي دراية منه ومن وجد منه بابا فكأنما فاز فوزا عظيما
فأردت أن أكسيه بكسوة الانطباع والإعلان وأميط من وجوه مخدراته نقاب الفقدان فشوقت إلى طبعه ملك التجار ذا الفضل والافتخار ممتازا بهمة العالية
وعزائمه المتعالية بين أعيان الزمان في الأمصار سني المراتب والمناقب كثير الجود والمواهب المنشي نول كشور مالكا للمطبعة الجليلة الشهيرة بأوده أخبار
لا زال ممتازا بين مطابع الدهور بالمجد والاعتبار فتلقى كلامي بالقبول وعزم بإنجاح المرام والإيصال إلى ما هو المسؤول وأمرني بتفحص نسخة الصحاح عن العلماء
الكبار فتوجهت إلى تجسسها ووصلت إلى المطلوب بعد الجد والطلب البليغ بعناية الله العزيز الغفار ووجدت أربع نسخ كاملة مقروة على العلماء الأخيار
منها نسخة صحيحة كاملة مملوكة لحضرة أستاذي العلام أستاذ علماء الأنام مستند فضلاء الكرام البحر الذاخر في المعقول والمنقول معدل ميزان الفروع والأصول
بالفرد المجد الأحق مولانا ومولى الأنام محمد عبد الحق لا زال بأفضاله ملاذا لعلماء الدهر وناصا لفضلاء العصر ومنها نسخة صحيحة غاية التصحيح
عديم النظير في حسن خطه وكتابته مقروة على الإمام الهمام سلطان العلماء قدوة المجتهدين نقبة الفقهاء والمحدثين منقح أغصان الفروع والأصول كاشف أستار
المعقول والمنقول بحر العلوم إمام العلماء مولانا أبو العياش عبد العلي محمد تغمده الله بغفرانه وأسكنه بعنايته بحبوحة جنانه مملوكة لأعلم علماء الزمان وأفضل
فضلاء الدوران وحيد عصره فريد دهره الحافظ الحاج مولانا أبو الأحياء محمد نعيم لا زال مقروءا بعناية الله الكريم ومنها نسخة تامة صحيحة مقروة على الفاضل القمقام والبحر الهمام
المؤيد بلطف الله المتين المولانا محمد مبين أعلى الله درجته في أعلى عليين ومنها نسخة كاملة الصحيحة التامة المملوكة لأعلم العلماء أستاذ الفضلاء كامل الأسرار صاحب الدراية المؤيد بتأييد الله مولانا
المفتي الحافظ الحاج المولوي محمد سعد الله أجزى الله تعالى معاليه على صفائح الأنام وربط أطناب فضله بأوتاد الدوام ومنها نسخة مملوكة لجناب المستطاب الفاضل
الأديب ذي المجد والمفاخر المولوي محمد عبد العزيز خان بهادر صدر الصدور السابق لا زال متمتعا بعناية الله العزيز القادر وإن لم يتفق الاستعانة منه لأجل تيسير
هذه النسخ الأربع الصحاح المنور للبصائر وبعد تيسير ما شرع في استكتابه وفوض إلى مراتب تصحيحه واهتمامه فصححه بمقابلة النسخ المتعددة ارتجالا واستعجالا غاية التعجيل بمعية الفاضل
الأديب الكامل الأريب وحيد الدوران صاحب التصنيف والتأليف أبو سليمان ظهير الدين أحمد المعروف بمولوي محمد أشرف علي اللكنوي أيده الله بلطفه الخفي والجلي
فالحمد لله على إتمامه وأشكره على حسن إتمامه وبشرى للطالبين لطلوع كواكبه عن أفق الجلال وسطوع صبح أفضاله عن سماء الكمال عم نوره الأبصار والبصائر وزال الإبهام
البصيرة والصوائر وانتهت قيامه في مصر لكهنؤ في شهر شوال المكرم سنة ١٣٠٢ ألف ومائتين واثنين وتسعين من السنين الهجرية على هاجرها ألف ألف سلام وتحية
المطابق لشهر نومبر سنة ١٨٨٥ خمس وسبعين مع ألف وثمان مائة من السنين المسيحية على صاحبها الصلوة وعلى نبينا أشرف البرية تمت

55